Inwieweit können die Grundsätze des richterlichen Prüfungsrechtes, die den deutschen Normen gegenüber gelten, Völkerrechtsnormen gegenüber zur Anwendung kommen?

Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Aderhold
Referendar am Oberlandesgericht in Breslau.

1924

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Helfritz.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Schrifttum.

Anschütz: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. 1891.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1921.

Arndt: Im „Recht" 1904 Sp. 348 ff.

Arndt: In der D. J. Z. 1907 S. 257 ff.

Arndt: In der J. W. 1916 S. 809.

Arndt: Im „Recht" 1920 S. 106.

Arndt: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1901.

Arndt: Im Archiv des öffentlichen Rechts. 23 S. 415.

Arndt: Der Aufbau der obersten Gewalten im Entwurfe der Deutschen Reichsverfassung. D. J. Z. 24 Sp. 199.

Bischoff: Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 17 S. 124, Bd. 18 S. 129 ff.

Bluntschli: Geschichte der neueren Staatswissenschaften. München 1881.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht. 1911.

Brie: Archiv für öffentliches Recht Bd. 4 S. 1 ff.

Bühler: In der D. J. Z. 1921 S. 580.

Chyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1914.

Dambitsch: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1910.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1881/1882.

Dyroff: In den Annalen des Deutschen Reiches 1889 S. 847 ff.

Ebers: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 19, Berlin 1919.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1921. I. 1.

Finger: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Stuttgart 1923.

von Gerber: Grundzüge des Deutschen Staatsrecht. 1880.

Gierke: In Grünhuts Zeitschrift 6 S. 230 ff.

Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1923.

Gneist: In den Verhandlungen des 4. D. Jur. Tages. Bd. 1. S. 232.

Haenel: Studien zum deutschen Staatsrecht. 1873/1880.

Hatschek: Engl. Staatsrecht. Tübingen 1905.

Hatschek: Deutsches und preußisches Staatsrecht. Berlin 1922/23.

Hatschek: Völkerrecht. Leipzig/Erlangen 1923.

Heilborn: Grundbegriffe und Geschichte des Völkerrechts, im Handbuch des Völkerrechts Bd. 1. Abt. 1.

Heilfron: Die Deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919. Berlin 1919/20.

Held: Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Bd. 24 S. 402 ff.

Helfritz: Die Vertretung der Städte und der Landgemeinden nach Außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen.

Hubrich: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches. Greifswald 1921.

Hubrich: In den Annalen des Deutschen Reiches. 1916 S. 694 ff.

Jellinek: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1905.

Jellinek: Gesetz und Verordnung. 1887.
Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
Kahn: In den Annalen des Deutschen Reiches. 1907 S. 602 ff.
Kaufmann. In der J. W. 1919 S. 901.
Kelsen: Allgemeine Staatslehre, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Berlin 1925.
Laband: In der D. J. Z. 1903 S. 304.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Bd. 1911.
Linde: Archiv für die zivil. Praxis. Bd. 16 S. 308 ff.
von Liszt: Das Völkerrecht. Berlin 1923.
Lobe: In der D. J. Z. 1920 S. 898.
Lukas: Über die Gesetzespublikation in Österreich und dem Deutschen Reiche 1903.
Lukas: Im „Recht" 1907 S. 674 ff.
Lukas: Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung. Tübingen 1920.
Meissner: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches und seiner Länder 1921.
Otto Meyer: Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895/96.
Georg Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl.
Morstein: Archiv des öffentlichen Rechts. 45 S. 218.
J. Moser: Landeshoheit in Regierungsachen.
Nawiasky: Die Grundgedanken der Reichsverfassung. München 1920.
Planck: In Iherings Jahrbücher 9 S. 288 ff.
Poetzsch: Handausgabe der Reichsverfassung vom 11. 8. 1919. 2. Aufl.
Preuß: Entwurf einer künftigen Reichsverfassung. Berlin 1919. Protokolle des Verf.-Ausschusses des Nationalversammlung.
von Rönne: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1887.
von Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie. III. 1915.
Rosin: In der D. J. Z. 1905 Sp. 135.
Schack: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung. Berlin 1918.
Schack: Im Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 41. S. 163.
Schack: In der Jur. W. 1922 S. 82.
Schelcher: Das parlamentarische System. Archiv des öffentlichen Rechts. 42 S. 257 ff.
H. Schulze: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1886.
Sonntag: Das Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Freiberg 1874.
Tezner: Im Wiener Jur. Blatt 1887 S. 51 ff.
Thoma: Im Archiv des öffentlichen Rechts 43 S. 269 ff.
Thoma: In der D. J. Z. 1922 S. 429.
Triepel: Archiv des öffentlichen Rechts 39 S. 456.
Triepel: Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig 1899.

Tudichum: Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes. Tübingen 1870. Verhandlungen des 3. und 4. D. Jur. Tages 1862/1863.
Ullmann: Zeitschrift für Staatsrecht Bd. 24 S. 391.
Wagner: In der Jur. W. 1925 S. 2215.
Wittmayr: Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.
Wittmayr: Im Archiv des öffentlichen Rechts 39 S. 385 ff.
Wächter: Archiv für die zivil. Praxis 24 S. 238.
Waldecker: In der Jur. W. 1916 S. 596.
Zachariae: Archiv für die zivil. Praxis 16 S. 145.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1895.
Zweigert: Die Verfassung des Deutschen Reiches. Berlin 1919.

Reichsgericht in Zivils.: Bd. 8 S. 3 — 9 S. 235 — 21 S. 359 — 24 S. 1 — 27 S. 3 — 36 S. 417 — 40 S. 68 — 41 S. 32 — 45 S. 162, 267 — 48 S. 84, S. 195 — 62 S. 165 — 68 S. 148 — 69 S. 375 — 77 S. 231 — 103 S. 274.
in der D. J. Z. 10 S. 808 — J. W. 1916 S. 596 — D. J. Z. 1901 S. 142 — Recht 21 Nr. 2465 — Goldt. Arch. 55 S. 325 Gruch. 50, 1070.

Reichsgericht in Strafs.: Bd. 34 S. 368 — 35 S. 262 — 36 S. 417.

Kammergericht: In Johow 21 C. 1 — 23 C. 3 — 28 C. 1. J. W. 1921 S. 587 ff. — D. J. Z. 1901 S. 239 Nr. 20 — 1907 S. 242 — 1907 S. 346.

Reichsfinanzhof: Bd. 7. S. 97.

Ob. Verw. Ger.: Bd. 8 S. 311 — 63 S. 167.

Entsch. in Seuff. Arch. 38 Nr. 149 — 50 Nr. 49 — in Goldt. Arch. 55 S. 325.

Inhalts-Verzeichnis

1. Abschnitt:

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber innerstaatlichen Normen.

A.

Die Geschichte des richterlichen Prüfungsrechtes.

1) Das richterliche Prüfungsrecht im römischen Rechte § 1
2) Das richterliche Prüfungsrecht im Staatsrechte des Mittelalters § 2
3) Das richterliche Prüfungsrecht im Staatsrechte des absoluten Staates § 3
4) Die Zeit der Verfassungen und ihre Auswirkungen dem richterlichen Prüfungsrechte gegenüber § 4

B.

Die Stellung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt in den preußischen und deutschen Verfassungen

1) Die staatsrechtliche Stellung des Richters § 5
2) Die staatsrechtliche Stellung der gesetzgebenden Gewalt § 6

C.

Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches.

1) Die Sanktion § 7
2) Die Ausfertigung und Gegenzeichnung § 8
3) Die Verkündung § 9

D.

Das richterliche Prüfungsrecht im besonderen.

1) Allgemeine Erörterungen §§ 10, 11
2) Die Verkündung als Kriterium § 12
3) Die Ausfertigung als Kriterium § 13
4) Die Gegenzeichnung als Kriterium § 14
5) Die Theorien, die das richterliche Prüfungsrecht aus den Grundgedanken der Verfassungen heraus zu lösen versuchen § 15
6) Anhang § 16

E.

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen § 17

F.

Ergebnis § 18

2. Abschnitt:

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Völkerrechtsnormen.

A.

Allgemeine Erörterungen § 19

B.

Art. 4 der neuen Reichsverfassung § 20

C.

Das Völkerrecht

1) Begriff des Völkerrechts § 21

2) Subjekte des Völkerrechts § 22

D.

Völkerrecht und Landesrecht § 23

E.

Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Völkerrechtsnormen

1) Die Stellung des deutschen Richters gegenüber Völkerrechtsnormen § 24

2) Die formalen Kriterien der Völkerrechtsregeln §§ 25, 26, 27

3) Die materielle Prüfung der Völkerrechtsregeln § 28

Ergebnis § 28

§ 1.

Das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes war dem römischen Rechte unbekannt. Das erklärt sich daraus, daß den römischen Juristen und dem römischen Staatsrechte die Gedankengänge, die dieses Problem später aufrollten, noch fern lagen; daran änderte auch nichts, daß ihnen die Lehre des Aristoteles (384—322 v. Chr.) von den τρίας πολιτικά in seinem Werke δὴ πολιτεῖα geläufig war; diese Lehre des Aristoteles wurde damals lediglich unter philosophischen Gesichtspunkten gewertet; in das römische Staatsrecht, überhaupt in das römische Recht, drang sie nicht ein.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß auch damals bereits gewisse Bedenken römischer Juristen gegen das auftauchten, was Anspruch erhob, legis rigorem zu haben. Darüber schien jedoch kein Zweifel zu sein: lex est, quod populus Romanus constituebat, und quod principi placuit, legis rigorem habet[1]). Gegen das also, was von unteren Behörden angeordnet wurde, schienen also bereits gewisse Bedenken zu bestehen, wenn auch nicht nachweisbar ist, daß solches bei den römischen Juristen eine ausschlaggebende Rolle, wie es später der Fall war, gespielt hat. Für das römische Recht war sonach die Form nicht der Inhalt einer staatlichen Willensäußerung maßgebend, und man nannte lex jede nach außen erkennbare Willensäußerung des Staates als solchen.

Bemerkenswert ist ferner der Erlaß des Theodosius und des Valentinian, der anordnete, daß die höchsten Beamten des Reiches und der Senat einer künftigen kaiserlichen Anordnung vor deren Erlaß zustimmen sollten[2]). Später, als im deutschen Schrifttume das richterliche Prüfungsrecht aufkam, ist darüber gestritten worden, ob diese Anordnung bereits für den Bestand des Gesetzes wesentlich gewesen sei, sodaß von den Richtern beim Fehlen dieser Zustimmung das Gesetz nicht hätte ange-

[1]) 1. 1 D. de const. principum I, 14. § 4 J. de iure civili, gentum, naturali I. 2, Chyhlarz, S. 11 ff.

[2]) 1. 8 C. de legibus I. 14.

wandt werden dürfen, oder ob es sich lediglich um eine gelegentlich freiwillige Beschränkung des römischen Imperators dahingehend handelte, daß die von ihm bezeichneten Behörden des Reiches sich mit den beabsichtigten Erlassen vorher einverstanden erklären sollten. Letzteres ist mit Wahrscheinlichkeit deswegen anzunehmen, weil dem römischen Staatsrechte die summa potestas des „populus Romanus" und später die auf den Imperator übergegangene potestas als grundlegend und selbstverständlich galt[3]).

§ 2.

Das frühe Mittelalter war mit Rücksicht auf die Verfassung und das Staatswesen der bestehenden und aufkommenden Reiche dem Problem des richterlichen Prüfungsrechtes nicht förderlich. Das erklärt sich in der Hauptsache daraus, daß die germanischen Territorien, die sich damals bildeten, kein oder nur ein sehr unvollkommen geschriebenes Recht hatten; von einem Staatsrechte in heutigem Sinne konnte überhaupt keine Rede sein. Überliefertes Gewohnheitsrecht und mündliches Königswort waren die Grundlagen germanischer Rechtsfindung.

Die erstarkende Macht der katholischen Kirche, die neben dieser Staatsgewalt immer mehr und mehr aufkam, ließ Zweifel an der Gültigkeit ihrer Erlasse nicht aufkommen. Das später eindringende römische Recht bot zur Aufrollung dieser Frage keinen Anlaß, da sie ihm, wie oben angeführt, selbst unbekannt war.

Diese Verhältnisse änderten sich im Laufe des Mittelalters. Die immer mehr erstarkenden Territorien, und innerhalb dieser Territorien wieder die Stände, beanspruchten in immer größerem Umfange die Anerkennung ihres Willens durch die Reichsgewalt oder durch die der Territorien. Andererseits war ursprünglich das Reich keineswegs geneigt, seine Hoheitsrechte ohne weiteres aufzugeben; Reichskammergericht und der Reichshofrat hielten ursprünglich streng auf ihre höchste Zuständigkeit; war es doch damals durchaus allgemeine Ansicht, daß, wenn ein Landesherr die ihm gesetzten Schranken überschritt: Die Reichsgerichte

[3]) So auch Bischof: Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß Bd. 16. S. 252.

befugt seyen, ihnen darin Einhalt zu tun und sich deren Unterthanen anzunehmen[1]).

Mit dem Erlahmen der Reichsgewalt im späteren Mittelalter schwand auch der Einfluß der Gerichte des Reiches. Die Territorien wurden selbständige Staaten und mit höchster eigener Gerichtsbarkeit ausgestattet. Die Reichsgewalt beschnitt selbst in dieser Richtung ihre Befugnisse in der Hoffnung, später durch die Unterstützung von Seiten der Territorien Vorteile zu haben. So bestimmte die Wahlkapitulation Karls VII., daß die Gerichte nicht gehalten seien, seine späteren Erlasse anzuwenden, wenn sie den Reichsgesetzen oder den Wahlkapitulationen widersprächen[2]). Die auf diese Weise immer stärker werdende Staatstätigkeit der einzelnen Territorien, insbesondere aber auch das Erstarken der außerdeutschen Staaten mußte notwendigerweise die Rechtswissenschaft in dieser Richtung beeinflussen. So hat Marsilius von Padua bereits aus dem Zwiespalte von Volksrecht und Fürstenrecht einen Gegensatz zwischen den gesetzgebenden und vollziehenden Funktionen hergeleitet[3]). Bodin schuf auf Grund dieser Erscheinungen seine Lehre von den Hoheits- und Majestätsrechten; seiner Ansicht nach verkörperte sich in diesen beiden Elementen die gesamte Staatstätigkeit. Am Ausgange des Mittelalters kam die Lehre Lockes (1632—1714) auf, der bereits vier Funktionen der staatlichen Tätigkeit unterschied, und der zweifellos die später aufkommenden Theorien auf diesem Gebiete nicht unerheblich beeinflußte; seiner Auffassung nach zerfiel die staatliche Tätigkeit in die gesetzgebende, die vollziehende Funktion, in die förderative und prärogative Gewalt. Eine Verschiedenheit der Willensträger bezw. der Funktionsträger war ihm noch nicht bekannt[4]).

§ 3.

Der Niedergang der Staatsgewalt im Reiche nahm bei Beginn der Neuzeit raschen Fortgang, sodaß dem Staatsrechte des

[1]) Moser S. 9. Das lag daran, daß die Landesherren ursprünglich nur eine vom Reiche deliegerte Staatsgewalt hatten. Ein allgemeines Prüfungsrecht wird trotzdem kaum anzunehmen sein.

[2]) Ähnlich auch Reichsgerichtsinstruktion vom Jahre 1706.

[3]) Jellinek: Allgemeine Staatslehre S. 596 ff.

[4]) Locke Two treatises of Government.

Reiches kaum noch eine Bedeutung beigemessen werden konnte. Dafür wird das Staatsrecht in den einzelnen Territorien, die nunmehr faktisch selbständig geworden sind, immer ausgeprägter. Das Institut des stehenden Heeres hatte die Territorien zu selbständigen Machtkörperschaften entwickelt. Diese Tatsache hatte daneben für das innere Staatsrecht der Territorien die Folge, daß die staatsrechtliche Stellung desjenigen, der in der Lage war, über diese Machtmittel zu verfügen, erheblich gefestigter wurde, als die Stellung derjenigen, denen solche Machtmittel nicht zur Seite standen. Inhaber dieser Machtmittel des Staates war aber regelmäßig der Fürst des Territoriums; er war somit Inhaber der absoluten tatsächlichen Gewalt, bald auch der der rechtlichen[1]). Bei dieser Lage der Dinge konnte begreiflicherweise ein richterliches Prüfungsrecht nicht aufkommen; die Richter waren dem Landesherrn untergeordnete Beamte, die seine Anordnungen kritiklos zu befolgen hatten; ihre Prüfung erstreckte sich lediglich darauf, ob überhaupt eine Anordnung des Landesherrn vorlag oder nicht; wurde festgestellt, daß tatsächlich eine solche vorlag, so war hiermit ihr Prüfungsrecht erschöpft. Bestand da und dort wirklich noch ein Mitwirkungsrecht der Stände bei der Gesetzgebung eines Territoriums, und setzte sich der Landesherr bei dem Erlasse seiner Anordnungen über dieses Mitwirkungsrecht seiner Stände hinweg, so war dies ein Umstand, der den Richter nichts anging; die Anordnung des Landesherrn war ohne diese Zustimmung gültig; lediglich die Stände hatten ein Recht dem Landesherrn gegenüber, ihn wegen Verletzung ihrer Rechte verantwortlich zu machen; nur ein subjektives Recht der Stände war verletzt, das geltend zu machen sie wegen Fehlens jeglicher Machtmittel nicht in der Lage waren.[2])

Preußen allein konnte später den Ruhm für sich in Anspruch nehmen, daß sein Landesherr sein unbeschränktes Gesetzgebungsrecht als erster im Interesse einer Rechtssicherheit einschränken wollte: Ohne Prüfung durch die Gesetzeskommission sollte das verkündete Gesetz unverbindlich und ohne Wirkung sein.[3]) Dieses Gesetz ist jedoch nur Entwurf geblieben; in Kraft getreten ist es niemals.

[1]) Schack S. 53 ff.
[2]) O. Mayer, Verwaltungsrecht S. 56, insbesondere S. 57.
[3]) § 12 des Allg. Gesetzbuches der preußischen Staaten.

§ 4.

Das Staatsrecht des absoluten Staates erschütterte der mit der Neuzeit aufkommende Gedanke der individuellen Freiheit des Menschen. Schon während der Herrschaft des absoluten Staates beeinflußte dieser Gedanke die Staatenphilosophie eines Grotius, Althusius, Hobbes, Spinoza, insbesondere aber den bereits erwähnten Locke, der mit Recht als der Vorläufer Montesquieu' angesehen wird.[1]) Der Gedanke der individuellen Freiheit ist denn auch als der Angelpunkt der Lehre Montesquieu' anzusehen, die im 6. Kapitel des 9. Buches seines Werkes: „de l'esprit des loix" (1748) niedergelegt ist, und die alle späteren Verfassungen mehr oder minder beeinflußt hat.[2]) Nach Montesquieu teilt sich die staatliche Tätigkeit eines jeden Staates in drei Gewalten: Die gesetzgebende Gewalt, die exekutive Gewalt, die sich auf dem Gebiete des internationalen Rechts betätigt, und die richterliche Gewalt, die sich auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts betätigt.[3]) Hinzuzufügen ist an dieser Stelle, daß Montesquieu unter der exekutiven Gewalt nicht allein die Tätigkeit des Staates auf außerpolitischem Gebiete verstanden wissen will, sondern auch hierunter die ausführende innerstaatliche Tätigkeit des Staates versteht; so sagt er in einer späteren Stelle von der Exekutive, sie sei le pouvoir d'exécuter les résolutions pupliques.

Es ist darüber gestritten worden, ob Montesquieu mit seiner Lehre eine völlige Zerreissung der Staatsgewalt als solcher beabsichtigte, oder ob er lediglich die Tätigkeit der einheitlichen Staatsgewalt in ihre Funktionen zerlegen, und ob er diese Funktionen der Staatsgewalt auf einzelne selbständige, von einander unabhängige Organe des Staates verteilen wollte. Es verlohnt sich nicht, auf diesen überholten Streit an dieser Stelle näher einzugehen; es kann wohl angenommen werden, daß auch Montesquieu der Staat und die Staatsgewalt als eine Einheit

---

[1]) Redslob: Staatstheorien S. 56, Hatscheck: Engl. Staatsrecht I S. 19.

[2]) Insbesondere die der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika von 1787, die Belgische von 1831 und die alte preußische Schack S. 69; Jellinek S. 1.

[3]) Mont. versteht unter dem bürgerlichen Recht lediglich nur das Strafrecht und das Zivilrecht; die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die gleichfalls hierunter fallen würde, ist ihm unbekannt.

vor Augen stand[4]), man kann daher mit Schack[5]) bedenkenfrei annehmen, daß die Lehre Montesquieu unter Wahrung der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Staatsgewalt nur eine Verteilung der staatlichen Willensbildung auf verschiedene staatliche Organe, die ihren Willen unabhängig von einander bilden sollten, bezweckte.

Die Lehre Montesquieu hat sich später bei dem Aufkommen der Verfassungen in ihrer Ursprünglichkeit nicht durchsetzen können. In der Praxis des Staatsrechtes aller Staaten zeigte es sich, daß ein ständiges labiles Gleichgewicht dreier Gewalten nicht möglich war. So stellte man bald nach dem Aufkommen der Lehre Montesquieu schon während der französichen Revolution über die drei von Montesquieu geschaffenen Gewalten, die pouvoirs constitués, eine höchste Staatsgewalt, le pouvoir constituant, einen Gedanken, der sich heute noch in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika findet[6]). Heute ist zum Teil die Trichotomie der Staatsgewalt ganz verlassen und die Dichotomie anerkannt worden, indem davon ausgegangen wird, daß die Gesetzgebung als die Normenanwendung die eine Gewalt, während die Normenanwendung, die in Rechtssprechung und Verwaltung zerfällt, die andere bildet.

Auf die Lehre Montesquieu baut sich der Gedanke des unabhängigen Richtertums, das nur dem Gesetz unterworfen ist, auf. Der Gedanke, daß die Gesetzgebung völlig verschieden sei von der Rechtssprechung, ist es, der um die Mitte des 19. Jahrhunderts den Streit um das richterliche Prüfungsrecht auf das Lebhafteste entbrennen ließ; das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes stand im Mittelpunkte des 3. und 4. deutschen Juristentages vom Jahre 1862, 1863[7]). Eine Einigung über diese Streitfrage wurde damals nicht erzielt, jedoch kann festgestellt werden, daß von der überwiegenden Mehrzahl das richterliche Prüfungsrecht grundsätzlich bejaht worden ist; inwieweit es aber zulässig sein sollte, war und blieb bestritten. Die einen

---

[4]) Schack S. 59, 72, 73.

[5]) Schack S. 62.

[6]) Art. 5 der Verfassung der U. S. A. vom 17. 9. 1787.

[7]) Vgl. Bischof: Archiv für zivil. Pr. Bd. 17 S. 124 ff; Bd. 18 S. 129 ff. Bericht über die Verhandl. des 3. D. J. T. Bd. 2 S. 25, S. 43 ff.

wollten das richterliche Prüfungsrecht nur auf gewisse äußere Formalien des Gesetzgebungsweges, insbesondere die Verkündung, beschränkt wissen[8]). Die anderen dagegen wünschten ein weitgehendes Prüfungsrecht auch über die einzelnen Stationen des Gesetzgebungsweges[9]).

Trotz dieses Streites haben sich die späteren deutschen und preußischen Verfassungsgeber nicht dazu entschließen können, die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes in der Verfassung zu beantworten, um so dem Streite, wenigstens in der Praxis, ein für alle Mal ein Ende zu machen. Die Verfassungen haben nach wie vor die Entscheidung über die Frage der Wissenschaft und der Praxis überlassen[10]).

§ 5.

Die preußische Verfassung vom 31. Januar 1850 und die deutsche Reichsverfassung vom 16. 4. 1871 haben die Lehre Montesquieu nicht unberücksichtigt gelassen; insbesondere ist der Rechtsstaatsgedanke in der preußischen Verfassung vom Jahre 1851 stark zum Ausdruck gebracht worden; die preußische Verfassung unterscheidet klar zwischen der gesetzgebenden Gewalt, der vollziehenden Gewalt und der richterlichen Gewalt.[1]) [2])

Die deutsche Reichsverfassung vom 8. 11. 1919 und die preußische Verfassung vom 30. 11. 1920 haben gleichfalls die Lehre von der Dreiteilung der Gewalten in sich aufgenommen; auch diese beiden Verfassungen unterscheiden wie ihre Vorgänger zwischen der Gesetzgebung, der Vollziehung und der richterlichen Gewalt.

[8]) So Stahl, Zöpfle, Binde, Bischof.

[9]) So Wächter, Gneist, Planck.

[10]) Zwei Gesichtspunkte lassen sich in diesem Streite erkennen: Die eine Richtung lehnte das richterliche Prüfungsrecht deswegen ab, weil nach ihrer Ansicht das monarchische Prinzip verletzt werde, die andere war der Auffassung, daß der Richter Gesetze, die ohne Zustimmung der Kammer ergangen seien, nicht anwenden dürfe, da deren Recht verletzt sei; vgl. hierüber Ullmann Ztschr. für Staatsw. 24 S. 391.

[1]) Der Gedanke des freien unabhängigen Richtertums ist in Preußen bereits vor Inkrafttreten seiner ersten Verfassung zur Geltung gelangt: Vgl. hierüber die Kab. Ord. vom 6. 9. 1815 (GS S. 198).

[2]) Art. 62 Abs. I, 45 Abs. I, 86 Abs. I, a Alt. pr. Verf. a. M. Schack S. 82.

Für die Lösung des Problemes des richterlichen Prüfungsrechtes sind die Stellungen der richterlichen Gewalt und der gesetzgebenden Gewalt in der heutigen Verfassung ausschlaggebend. Die verfassungsmäßige Einrichtung der beiden Gewalten und ihre Verknüpfung untereinander entscheidet, ob überhaupt der richterlichen Gewalt ein Prüfungsrecht gegenüber den Willensäußerungen der Gesetzgebenden zuzustehen ist. Die Frage wäre leicht zu beantworten, wenn die Lehre Montesquieu streng durchgeführt wäre. Dann wäre das Prüfungsrecht zu bejahen, da die richterliche Gewalt darauf zu achten hätte, daß die gesetzgebende innerhalb der ihr gezogenen Schranken verbliebe. Diese Trennung ist jedoch, wie oben ausgeführt, nicht in dieser Schärfe durchgeführt; vielmehr ist die Einheitlichkeit der Staatsgewalt erheblich betont. Die Tätigkeit der 3 Gewalten stellt sich nur als Funktion selbständiger Organe dar, der ihre Organstellung der einheitlichen, unteilbaren Staatsgewalt verdanken. Die Lehre Montesquieu wird in ihrer ursprünglichen Form nach heutiger Anschauung der Stellung der Gewalten nicht mehr gerecht. Die Lehre Montesquieu erklärt nicht mehr ihre Stellung, sondern ihre Aufgabe und Tätigkeit innerhalb der von der Staatsgewalt gezogenen Schranken; die Stellung der Gewalten zueinander sucht vielmehr die Organtheorie zu erklären, die von der Grundlage der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Staatsgewalt ausgeht[3]).

In jedem durch Statut zusammengefaßten Verbande sind Organe vorhanden und in ihrer Stellung auch statutmäßig festgelegt, die für den so organisierten Verband Willenserklärungen abgeben und Handlungen vornehmen; die ferner auch berechtigt sind, solche Handlungen und Erklärungen von dritter Seite mit Wirksamkeit für den Verband entgegen zu nehmen. Ein solch organisierter Verband größten Umfanges ist auch der Staat. Die im Staate organisierte Personengemeinschaft tritt nach außen als eine Person auf und handelt auch als Gesamtperson. Die Organe dieser Verbandspersönlichkeit sind aber trotz ihrer Eigenschaft als Organe der Verbandspersönlichkeit nur physische Personen. Ihre Tätigkeit als solche ist daher notwendigerweise von zweierlei Natur: Sie üben einmal eine Individualtätigkeit

[3]) Helfritz S. 30 ff.

auf Grund ihrer physischen Persönlichkeit aus, und sie üben ferner eine Organtätigkeit in ihrer Eigenschaft als Organe der Verbandspersönlichkeit aus. Um nun diese beiden Möglichkeiten der Tätigkeit einer solchen Person bei jeder ihrer Handlung von einander zu trennen, hat das Statut der Verbandspersönlichkeit Normen dafür aufgestellt und Formalien bestimmt, bei deren Beachtung ein Akt der Verbandspersönlichkeit vorliegt. Überschreitet eine solche Organperson bei ihrer Amtstätigkeit, die ihr durch Statut gezogenen Schranken, so liegt dennoch eine Handlung der Verbandspersönlichkeit vor und nicht eine solche der physischen Person; diese allerdings ist, soweit sie ihre Schranken überschritten hat, rechtswidrig und je nach den Bestimmungen des Statutes gegen dritte und Mitglieder der Verbandspersönlichkeit gültig oder nicht. Es kann hier deswegen nicht die Handlung einer physischen Person, die zufällig Organstellung bekleidet, angenommen werden, weil die Formen, die die Verbandspersönlichkeit für ihre Willenserklärungen bestimmt hat, gewahrt sind und sonach formell ein Akt der Verbandspersönlichkeit vorliegt; die Verbandspersönlichkeit muß im Interesse der Rechtssicherheit dafür haftbar angesehen werden, daß sie eine physische Person in eine Organstellung gebracht hat, die diese mißbraucht.

Die Stellung eines Organs in einer Verbandspersönlichkeit kann unmittelbar auf dem Statut der Verbandspersönlichkeit beruhen oder nur mittelbar. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Stellung desjenigen Organs, das seine Stellung unmittelbar auf das Statut gründet, erheblich stärker ist, als diejenige, die nur mittelbar durch das Statut begründet wird. Es wird weiter keinem Bedenken unterliegen, daß die Stellung von Organen, die beide unmittelbar auf dem Statute beruhen, als gleichwertig anzusehen ist; denn beide Organe entnehmen die Kraft zu ihrer Organtätigkeit derselben Quelle.

Sowohl die alten wie die neuen Verfassungen haben dem deutschen Richter eine unmittelbare Organstellung gegeben. Seine Stellung und seine Tätigkeit ist sowohl in den alten wie in den neuen Verfassungen festgelegt und geregelt. Aus dieser unmittelbaren Organstellung des Richters ergibt sich, daß der Richter jedem anderen Organe mindestens gleichgeordnet, wenn

nicht gar übergeordnet sein muß. Der Richter ist auf Grund seiner Stellung berechtigt und auch verpflichtet, darauf zu achten, daß das für die Gesetzgebung bestimmte Organ die Gesetze in den von der Verfassung bestimmten Formen erläßt. Aus der Unmittelbarkeit der Organstellung des Richters folgt ferner, daß er nicht verpflichtet ist, den Willenserklärungen von Organen, deren Stellung sich nur mittelbar auf die Verfassung gründet, Folge zu leisten; solchen Willenserklärungen wird der Richter nur dann zu folgen haben, wenn sie sich innerhalb des Rahmens der Anweisungen des unmittelbaren Organs bewegen und ferner nicht im Gegensatze zu der Verfassung stehen.

Eine Abweichung ergibt sich nur insofern, als der deutsche Richter nach herrschender Ansicht auch verpflichtet ist, Gewohnheitsrecht zu beachten; in einem solchen Falle kommen andere Grundsätze zur Anwendung, da hier nicht die Willenserklärung des gesetzgebenden Organes vorliegt.

Als Ergebnis ist dennoch festzustellen, daß der Richter kraft seiner unmittelbaren Organstellung im Staate jedenfalls befugt ist, das, was mit dem Anspruche Gesetz zu sein, an ihn herantritt, darauf hin zu prüfen, ob es von dem nach der Verfassung dazu bestimmten Organ erlassen und ob die notwendigen Formalitäten dabei gewahrt sind[4]).

§ 6.

Die Stellung der gesetzgebenden Gewalt im deutschen Verfassungsrechte entspricht der richterlichen. Auch das gesetzgebende Organ leitet seine Stellung unmittelbar aus der Verfassung ab; dies trifft sowohl bei den alten wie bei den neuen deutschen Verfassungen zu; die gesetzgebende Gewalt hat daher mit den Rechten, die aus einer solchen unmittelbaren Stellung fließen, auch die Pflichten einer solchen Stellung und hat darauf zu achten, daß auch sie nur einen Teil der Staatsgewalt ausübt, und daß sie mit ihrer Tätigkeit in den ihr von der Verfassung gezogenen Schranken verbleibt.

Wenn auch das gesetzgebende Organ weder unter der alten noch unter der neuen Reichsverfassung hinsichtlich des Inhaltes

[4]) Ein Untertansein der richterlichen Gewalt unter der gesetzgebenden liegt keinesfalls vor; abgesehen von obigem scheitert die Ansicht daran, daß den Staatsgewalten die Subjektivität mangelt. So Jellinek System S. 32.

seiner Willensäußerungen grundsätzlich beschränkbar war bezw. ist, so ist jedoch eine Beschränkung hinsichtlich der Form solcher Willensäußerungen nicht zu verkennen; hierin zeigt sich das Wesen der gesetzgebenden Gewalt als eines Organs der einheitlichen Staatsgewalt: die Unbeschränkbarkeit bezüglich des Inhaltes der Willensäußerungen beruht auf dem Zweck und der Aufgabe des gesetzgebenden Organs, die Beschränkbarkeit bezüglich der Form wird daraus erklärt, daß auch die Gesetzgebung nur einen Teil der Staatsgewalt darstellt.

Freilich kann die Gesetzgebung wegen der Unbeschränkbarkeit des Inhalts ihrer Willensäußerungen die für sie bestimmte verfassungsmäßige Form jederzeit abändern; die neue Form muß aber, will sie Gültigkeit erlangen, erst einmal in der ursprünglichen gesetzlich zustande kommen; dann aber beschränkt doch wieder die neue Form die Gesetzgebung wie die alte. Theoretisch mag die Gesetzgebung sich wohl von jeder Formbeschränkung ihrer Willensäußerungen befreien können, jedoch würde sie dann Gefahr laufen, daß niemand mehr erkennen könnte, wann eine Willensäußerung der gesetzgebenden Gewalt vorliegt. Die Gesetzgebung ist also in ihrem eigenen Interesse gezwungen, ihren Willensäußerungen Formen zu geben, die sie als solche erkennen lassen. Hat sich aber die Gesetzgebung an solche Formen gebunden, dann muß auch verlangt werden, daß sie von ihr in Zukunft inne gehalten werden; das nachzuprüfen, ist vornehmste Aufgabe des Richters, der hierzu auf Grund der Unmittelbarkeit seiner Organstellung ganz besonders verpflichtet ist.

Soweit die Meinungen das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes an Hand der Formen der Gesetzgebung zu lösen versuchen, haben sie fast alle das gemeinsame Merkmal, daß sie ein Stadium des Gesetzgebungsweges herausgreifen, um darzutun, daß gerade das bestimmte Stadium des Gesetzgebungsweges von maßgebender Bedeutung für die Lösung der Streitfrage sei. Ob und inwieweit nun diese Auffassungen zutreffen, kann nur dann beurteilt werden, wenn festgestellt ist, welche Bedeutung den einzelnen Etappen des Gesetzgebungsweges überhaupt zukommt. Es ist daher erforderlich, den Weg der Gesetzgebung im einzelnen darzulegen, um hiernach er-

messen zu können, inwieweit die einzelnen Meinungen, die das richterliche Prüfungsrecht in der angedeuteten Weise zu lösen versuchen, zutreffend sein können.

Die Willenserklärungen der gesetzgebenden Gewalt in Preußen und im Reiche sind seit Beginn der Zeit der Verfassungen an vier formelle Erscheinungsformen geknüpft; die Feststellung des Gesetzinhaltes, die Sanktion, die Ausfertigung und Verkündung[1]).

Wer unter der alten Reichsverfassung den Gesetzesentwurf einzubringen hatte, war dort nicht geregelt. Nach der neuen Reichsverfassung sollen die Gesetzesvorlagen in der Regel von der Reichsregierung oder aus der Mitte des Reichstages eingebracht werden[2]). Daneben kann unter bestimmten Umständen auch der Reichsrat eine Gesetzesvorlage beim Reichstage einbringen; endlich ist dann noch das Einbringen einer Gesetzesvorlage durch ein Zehntel aller Stimmberechtigten möglich. Diese Bestimmungen der Reichsverfassung schließen selbstverständlich nicht aus, daß Behörden oder dritte Personen eine Anregung zu einem Gesetzesentwurfe geben.

Unter der alten Reichsverfassung geschah die Feststellung des Gesetzesinhaltes durch übereinstimmenden Mehrheitsbeschluß des Bundesrates und des Reichstages[3]).

Nach der Reichsverfassung vom 11. August 1919 stellt der Reichstag allein den Gesetzesinhalt fest[4]), soweit nicht gerade die Feststellung ausnahmsweise durch das Volk selbst geschieht[5]). Der Reichsrat hat kein positives Feststellungsrecht, wie solches unter der alten Reichsverfassung dem Bundesrate zustand; er ist während des Gesetzgebungsvorganges lediglich auf ein Einspruchsrecht beschränkt[6]).

---

[1]) Der Unterschied zwischen formellen und materiellen Gesetz spielt hierbei keine Rolle. Vergl. hierüber Jellinek S. 226. G. Meyer Staatsr. § 155, Zorn, Staatsr. I S. 108 Arndt, Reichsstaatsr. S. 156 ff. Bornhack I S. 514 ff.
[2]) Art. 68 Abs. I n. R. V.
[3]) Art. V a. R. V.
[4]) Art. 68 n. R. V.
[5]) Art. 78 n. R. V.
[6]) Art. 69, 74, 76, 85 n. R. V.

§ 7.

Zur Anordnung und zum Befehl wird das festgestellte Gesetz erst durch die Sanktion. Dieser Vorgang ist in dem Werdegange eines Gesetzes wohl der wichtigste, da sich in der Anordnung, daß etwas als Gesetz und Recht gelten solle, das eigentliche Wesen der Staatsgewalt zeigt[1]).

Sanktionsorgan unter der alten Reichsverfassung war die Gesamtheit der verbündeten Regierungen: der Bundesrat[2]). Daran änderte nichts, daß auf Grund der Eingangsformeln der Gesetze anscheinend der Kaiser unter der alten Reichsverfassung die Gesetze sanktionierte. Die Eingangsformel der Reichsgesetze im Kaiserreiche hatte lediglich historische Bedeutung; sie war dem Vorbilde Preußens entnommen; eine staatsrechtliche Bedeutung kam der Eingangsformel nicht zu[3]). Die Sanktion vollzog der Bundesrat dadurch, daß er die Vorlage des Gesetzes nach der Annahme durch den Reichstag nunmehr dem Kaiser durch Beschluß zum Zwecke der Ausfertigung und der Verkündung übergab. Die bereits oben erwähnten Eingangsformeln der Reichsgesetze ließ diesen staatsrechtlichen Vorgang nicht anerkennbar werden; mit Rücksicht hierauf sind mancherlei Vorschläge zur Abänderung der Eingangsformel gemacht worden, um den wirklichen staatsrechtlichen Vorgang auch nach außen hin in Erscheinung treten zu lassen[4]).

Nach der neuen Reichsverfassung wird die Sanktion der Gesetze allein vom Reichstage ausgeübt, ein Umstand, der sich aus der privilegierten Stellung das Reichstages in der heutigen Reichsverfassung erklärt. In der Festsstellung des Gesetzesinhaltes durch den Reichstag ist also gleichzeitig der Sanktionsbeschluß zu erblicken[5]). Auch heute ist die Eingangsformel der Reichsgesetze hinsichtlich der Sankion unklar; enthält doch die Eingangsformel der Reichsgesetze nichts anderes, als daß der Reichstag ein Gesetz beschlossen hat, das mit Zustimmung des Reichsrates verkündet wird; ein Hinweis auf die Sanktion fehlt

[1]) Vgl. Laband II S. 4. Giese Anm. 6 zu Art. 68 n. R. V.
[2]) Art. 5, 7 a. R. V.
[3]) Vgl. Laband Staatsr. II S. 29, 30, 36, 115.
[4]) Näheres hierüber bei Zorn, Reichsstaatsr. I S. 415, Laband Staatsr. II S. 36.
[5]) So auch Anschütz Anm. 6 zu Art. 68.

gänzlich. Aber auch abgesehen hiervon, ist die Eingangsformel der Gesetze deswegen irreführend, weil der Reichsrat überhaupt kein Zustimmungsrecht bei der Gesetzgebung hat[6]). Die Eingangsformel ist aber dann auch deswegen nicht klar, weil nicht der Reichstag, wie es den Anschein hat, sondern der Reichspräsident die Gesetze zu verkünden hat. Aus allem ist ersichtlich, das mag hier vorweg genommen werden, daß aus dem Wortlaut der Eingangsformel Ausschlaggebendes nicht herzuleiten ist.

§ 8.

Weder durch die Feststellung des Gesetzesinhaltes noch durch die Sanktion des Gesetzes ist das Gesetz körperlich an die Außenwelt getreten. Körperlich wahrnehmbare Gewalt erhält das Gesetz erst durch die Ausfertigung. Die Ausfertigung stellt die Herstellung der Gesetzesurkunde dar, die in der Regel vom Staatsoberhaupte unterzeichnet und von einem weiteren zuständigen Beamten gegengezeichnet wird.

Nach der alten Reichsverfassung fertigte der Kaiser die Gesetze aus, und der Reichskanzler zeichnete sie gegen; letzterer übernahm durch seine Unterschrift die Verantwortung für den Kaiser, der selbst rechtlich unverantwortlich war[1]) [2]).

An diese kaiserliche Ausfertigung, das soll des Zusammenhanges wegen hier bereits kurz erwähnt werden, hat sich ein lebhafter Streit geknüpft; die Ausfertigung wurde nämlich als ein für das richterliche Prüfungsrecht ausschlaggebender Akt angesehen. Nach Ansicht der Schriftsteller, die die Ausfertigung als entscheidendes Kriterium für das richterliche Prüfungsrecht ansehen wollen, hatte die Ausfertigung, die eine Prüfung des Gesetzgebungsweges in sich trug, keinen anderen Zweck, als das richterliche Prüfungsrecht auszuschließen[3]).

[6]) Anschütz S. 130 Anm. 4.

[1]) Art. 17 a. R. V.

[2]) Auch die Gegenzeichnung ist, wie unten noch ausgeführt wird, als Kriterium für die Rechtmäßigkeit der Gesetze angesehen worden, weil der gegenzeichnende Minister durch seine Unterschrift kundgab, daß der Gesetzgebungsweg in Ordnung sei.

[3]) Laband, Staatsr. II. S. 50 ff; Jellinek S. 321, Otto Mayer S. 281; Anschütz S. 157; Waldecker JW. 1916 S. 596. a. M. Arndt, Arch. für öff. R. R. 23 S. 415; Schack S. 192, 196.

Nach der neuen Reichsverfassung ist die Ausfertigung Sache des Reichspräsidenten[4]). Das eigentliche Wesen der Ausfertigung und ihre Bedeutung für das richterliche Prüfungsrecht ist auch von der neuen Reichsverfassung nicht geklärt worden. Jedoch ist aus der neuen Reichsverfassung nicht zu entnehmen, daß ihre Schöpfer der Ausfertigung eine besondere Bedeutung verleihen wollten. Die Ausfertigung wird nicht anders als die übrigen Etappen des Gesetzgebungsweges in dem Abschnitte über die Gesetzgebung erwähnt. Auch die Tatsache, daß die Ausfertigung Sache des Staatsoberhauptes ist, läßt keinen Schluß dahin zu, daß der Ausfertigung eine besondere Bedeutung beizumessen sei. Endlich ist auch die Form der Ausfertigung weder in der alten noch in der neuen Reichsverfassung näher geregelt. Es ist anzunehmen, daß auch in der neuen Reichsverfassung wie unter der alten die Ausfertigung dem Gesetze die körperlich wahrnehmbare Gestalt einer Urkunde verleiht.

§ 9.

Zum Wirksamwerden eines Gesetzes ist endlich noch dessen Verkündung erforderlich[1]). Denn der dem Gesetze anhaftende Befehl, daß der Inhalt des Gesetzes Recht sein und befolgt werden soll, muß, um Geltung zu erlangen, dem Gehorsamspflichtigen bekannt gemacht werden; die Verkündung ist der Akt, durch welchen solches geschieht. Die Verkündung muß, da das Gesetz Gehorsam von jedermann verlangt, so beschaffen sein, daß alle dem Gesetze Unterworfenen von ihm Kenntnis erlangen können. Die so geschaffene Verkündung eines Gesetzes muß daher unbedingt zu seiner Gültigkeit verlangt werden. Denn ein nicht gehörig bekannt gemachtes Gesetz kann nicht befolgt werden.

Die Art der Verkündung wird sich danach richten, wie groß die Zahl derjenigen ist, von denen das Gesetz den Gehorsam verlangt. In kleinen Körperschaften wird die Verkündung daher

[4]) Art. 70 n. R. V.

[1]) Die Verkündung als formelles Kriterium für die Gültigkeit eines Gesetzes wollen allein ausschlaggend sein lassen: RG in Goltd. Arch. 55 S. 325; KG 28 C 3, Dambitsch S. 50 ff; dazu wohl auch Hubrich Anm. D. R. 1916 S. 703.

eine primitive sein können, wie mündliches Ausrufen, öffentlicher Anschlag[2]). Eine derartige primitive Verkündung ist in einer so großen Körperschaft wie das deutsche Reich nicht möglich; auch ist es nicht möglich, daß der Staat tatsächlich jedermann von einem neuen Gesetz in Kenntnis setzt. Vielmehr haben sich solche Staaten damit geholfen, so auch das Deutsche Reich, daß sie die Gesetze so verkünden, daß jedermann in der Lage ist, sich ohne Schwierigkeiten von dem Gesetze Kenntnis zu verschaffen. An diese Art der Verkündung wird dann die unwiderlegliche Vermutung geknüpft, daß das Gesetz jedermann bekannt geworden ist[3]). So bestimmte die alte Reichsverfassung daß die Verkündung der Reichsgesetze durch ein Reichsgesetzblatt zu erfolgen habe[4]). Die Verkündung selbst lag dem Kaiser ob, was selbstverständlich nicht bedeutete, daß der Kaiser die Druckarbeit besorgte[5]); der Kaiser gab lediglich den Befehl zur Verkündung, der in der Regel mit der Ausfertigung zusammenfiel, und der sich an den Reichskanzler zur Vornahme des Druckes des betreffenden Stückes des Reichsgesetzblattes richtete[6]). Der Druck des Reichsgesetzblattes erfolgte ursprünglich im Büro des Reichskanzlers, vom Jahre 1879 ab im Reichsamte des Innern.

Nach der neuen Reichsverfassung vollzieht sich die Verkündung der Gesetze wie unter der alten; nur steht heute der Verkündungsbefehl dem Reichspräsidenten zu[7]).

Die Verkündung der Gesetze muß aber weiter eine gehörige sein; sie muß den Bestimmungen entsprechen, die für die Verkündung Anwendung zu finden haben[8]). So muß in jedem Falle erkennbar sein, von wem das Gesetz stammt. Eine solche Angabe muß in jedem Falle zu einem gehörig verkündeten Gesetze gefordert werden[9]).

Der Verkündungsbefehl richtet sich bei der heutigen Reichsverfassung auch nicht mehr an den Reichskanzler; denn der

[2]) Meyer-Anschütz D. St. R. 1917 S. 666.
[3]) von Lukas S. 7: Formelle Gesetzespublikation genannt.
[4]) Art. 2 a. R. V.
[5]) Art. 17 a. R. V.
[6]) So Laband Staatsr. II S. 48; a. M. Triepel, Arch. d. öff. R. Bd. 39 S. 539.
[7]) Art. 70 n. R. V.
[8]) So Schack S. 262.
[9]) KG Bd. 8 S. 140.

Reichskanzler der neuen Reichsverfassung ist nicht mehr wie ehedem der allein verantwortliche Minister im Reiche, sondern er ist Ministerpräsident, der primus inter pares eines Kollegiums mit ihm verantwortlicher Minister[10]). Der Verkündungsbefehl richtet sich heute unmittelbar an den Reichsminister des Innern, unter dessen Verantwortung allein die Herausgabe des Reichsgesetzblattes erfolgt.

§ 10.

Wenn auch heute noch über die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes gestritten wird, so muß doch in erster Linie Klarheit darüber herrschen, daß die Prüfung von Gesetzen und ihr ordnungsmäßiges Zustandekommen nicht ausschließlich Sache des Richters ist[1]) [2]). Es kann ohne Bedenken angenommen werden, daß jedermann berechtigt ist, ja sogar verpflichtet ist, die Gesetze, die von ihm Gehorsam verlangen, daraufhin zu prüfen, ob sie überhaupt bestehen, und bejahendenfalls, ob sie fehlerfrei zustande gekommen sind[3]). Neben dem entscheidenden Richter werden in erster Linie andere Staatsbehörden verpflichtet und berechtigt sein, die Normen, nach welchen sie ihr Handeln zu bestimmen haben, auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen[4]). Aber über die Behörden hinaus ist endlich, wie bereits angedeutet, jeder Staatsbürger zur Prüfung befugt[5]). Denn nur dann kann ein Gesetz Gehorsam verlangen, wenn es ordentlich verkündet und auch sonst gültig ist; der Anordnung einer unbefugten Behörde braucht niemand Folge zu leisten. Freilich wird diese Prüfung des Staatsbürgers und sein etwaiges Ergebnis der Prüfung, daß eine Norm ungültig ist, etwas bedenk-

[10]) Anschütz Anm. 1 zu Art. 56.

[1]) Bemerkt mag werden, daß eine allgemeine herrschende Theorie hinsichtlich der Prüfung gegenüber Gesetzen nicht angenommen werden kann. So Schack, Vorwort S. V.

[2]) Die Prüfung gegenüber Gesetzen ist selbstverständlich niemals eine solche nach der Zweckmäßigkeit der Gesetze, die hier in Frage kommende Prüfung bedeutet lediglich eine Konstatierung von Tatsachen.

[3]) Schack S. 19, 97.

[4]) Allerdings ist die Prüfungsmöglichkeit unterer Verwaltungsbehörden mit Rücksicht auf ihre Abhängigkeit stark eingeschränkt.

[5]) Laband, Staatsrecht II S. 45.

liches und gefährliches an sich haben, da die irrige Annahme von der Unwirksamkeit eines Gesetzes diesem erhebliche Nachteile bringen kann, eine Möglichkeit, die mit Rücksicht auf die allgemein mangelnde staatsrechtliche Schulung des Staatsbürgers eine naheliegende ist. Es wird sich daher mit der Prüfung von Gesetzen in der Regel derjenige am meisten zu befassen haben, der von Berufswegen auf Grund von Gesetzen arbeiten muß und der deswegen auch hierzu am meisten vorgebildet ist; das wird allerdings in der Regel der ordentliche Richter sein. Weil dem so ist, soll dem vorliegenden Problem die alte Bezeichnung des richterlichen Prüfungsrechtes belassen werden, zumal es unter dieser Bezeichnung umstritten wird; es wird dabei aber nicht außer Acht gelassen, daß das Prüfungsrecht über die Rechtsgültigkeit von Gesetzen keine ausschließliche Angelegenheit des erkennenden Richters ist.

§ 11.

Der Streit über die Lösung der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes läßt die an sich bedauerliche Tatsache verständlich erscheinen, daß weder die alte, noch die neue preußische Verfassung noch die Reichsverfassungen das richerliche Prüfungsrecht ausdrücklich geregelt haben. Dies ist geschehen, obwohl sich auch der Verfassungsausschuß der Nationalversammlung vom Jahre 1919 über die Wichtigkeit dieseh Problems durchaus im Klaren war[1]).

Fremde Staaten haben teilweise die Frage in ihren Verfassungen geregelt und haben so innerhalb ihres Landes diesem Streite wenigstens in der Praxis ein Ende gemacht. So haben die Schweiz und Deutsch-Österreich dem erkennenden Richter die Prüfung der verfassungsmäßig kundgemachten Gesetze untersagt[2]).

[1]) Triepel Arch. d. ö. R, Bd. 39 S. 534 Thoma Arch. ö. R. Bd. S. 268. Der Verfassungsausschuß hat diese Frage in der 39. Sitzung am 6. 6. 1919 erörtert.

Unter der neuen Reichsverfassung bejahen grundsätzlich ein weitgehendes richterliches Prüfungsrecht: Triepel, Arch. f. ö. R. 39 S. 534; Hubrich. Demokrat. Verf. R. S. 150, Poetzsch, Anm. 2 zu Art. 70 Wittmayer S. 472, Walt. Jellinek DJZ 1921 Sp. 753.

[2]) Schweiz. Verf. Art. 113, Österr. Bundesverf. vom 1. 10. 1920 § 89.

Demgegenüber sah der Verfassungsentwurf des Vereins „Recht und Wirtschaft" ein sehr weitgehendes richterliches Prüfungsrecht vor[3]).

In den Theorien, die sich mit dem richterlichen Prüfungsrechte befassen, lassen sich zwei große Richtungen entscheiden: Diejenigen, die die Lösung dieser Frage lediglich von den formellen Erscheinungen des Gesetzgebungsweges abhängig zu machen, und diejenigen, die das richterliche Prüfungsrecht aus dem Grundgedanken der Verfassung, insbesondere aus der in der Verfassung vorherrschenden Dreiteilung der Gewalten, zu beantworten versuchen[4]) [5]). Die erste Richtung sieht entweder Verkündung, Ausfertigung, Gegenzeichnung oder Sanktion als Kriterium für das richterliche Prüfungsrecht an, während die zweite Richtung, wie bereits erwähnt, die Frage aus der Verteilung der Gewalten im Verfassungsrechte zu lösen versucht.

§ 12.

Der Grundgedanke derjenigen, die für die Frage, ob das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen zulässig sei oder nicht, die Verkündung der Gesetze entscheiden lassen wollen, ist, daß mit der Verkündung gleichzeitig eine Prüfung der verkündenden Stellen dahin stattgefunden habe, daß die betreffende Anordnung auch sonst rechtmäßig zustandegekommen sei; sei dem aber so, so bleibe für die Prüfung von anderer Seite kein Raum mehr[1]). Lukas[2]) sieht diesen Gedanken in der Verkündung der Gesetze im Reichsgesetzblatte verkörpert; die so beschaffene Verkündung der Gesetze schaffe eine öffentliche Urkunde, die unwiderlegbar Existenz und rechtmäßiges Zustandekommen der Anordnung beweise. Diese Auffassung kann keinen Erfolg haben, da sie das oben dargelegte Wesen der Verkündung verkennt. Die Verkündung hat lediglich den Zweck der Kundmachung[3]); dafür, daß in ihr gleichzeitig irgend eine Prü-

[3]) Art. 147 dieses Verfassungsentwurfes.

[4]) Meyer-Anschütz, v. Rönne-Zorn, Laband, Jellinek, Ullmann, Hatscheck, Thoma, Waldecker, Lukas.

[5]) Georg Meyer, Kahn Schack.

[1]) So im Recht 1907 S. 674, KG 28 C 3. RG in Goltd. Arch. 55, 325.

[2]) Lukas: Über Gesetzespublikation S. 14 ff.

[3]) Schack S. 174; Arndt, Recht 1904 S. 348, JW 1916 S. 810.

fung der verkündenden Stelle enthalten ist, fehlt es an gesetzlicher Grundlage. Die in dieser Richtung sich bewegenden Verfassungsvorschriften haben keinen anderen Sinn, als daß Anordnungen eben nur gültig sein sollen, wenn sie gehörig verkündet sind[4]) [5]). Lukas verkennt auch das Wesen des Reichsgesetzblattes. Das französische Gesetz vom 4. Dezember 1793, das dem französischen Bulletin Urkundeneigenschaft verlieh, und von dem Lukas ausgeht, hat weder in Preußen noch in Deutschland seinesgleichen. Französische Verhältnisse sonach auf deutsche anzuwenden, muß mangels gesetzlicher Grundlage fehlgehen. Das Reichsgesetzblatt ist nichts anderes, als Verkündungsmittel; nach Ansicht Lukas würde also letzten Endes, der mechanische Verkünder, also der Drucker des Reichsgesetzblattes die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Gesetze vornehmen[6]).

§ 13.

Die bekannteste Lehre auf dem Gebiete des richterlichen Prüfungsrechtes ist die Labands, die von der Ausfertigung der Gesetze die Beantwortung der Frage, ob das richterliche Prüfungsrecht zulässig sei oder nicht, abhängig machen will[1]). Die Lehre Labands hat in der Theorie auch die meisten Anhänger gefunden; als herrschend kann sie jedoch gleichfalls nicht angesehen werden, insbesondere nicht in neuerer Zeit[2]) [3]). Nach Auffassung Labands bildet zwar das Reichsgesetzblatt, in welchem die Gesetze verkündet werden, eine Urkunde, an welche sich die widerlegbare Vermutung knüpft, daß die verkündeten Gesetze ordnungsgemäß zustande gekommen sind, wenn sie verfassungsmäßig verkündet worden sind. In der Regel wird die Verkündung eines Gesetzes im Reichsgesetzblatte eine exakte Kopie der Gesetzurkunde darstellen; weicht jedoch der Ge-

---

[4]) Alt. pr. Verf. Art. 106; a. R. Ar. 2, n. pr. Verf. Art. 61; n. R Verf. Art. 70

[5]) Arndt im Recht 1904 S. 348.

[6]) Laband, Arch. f. ö. R. Bd. 18 S. 263.

[1]) Laband, DJZ 1903 S. 304. Staatsrecht Bd. 2 S 50 ff.

[2]) So Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 321, 395, Anschütz Staatsrecht S. 157 ff Waldecker JW 1916 S. 596; auch RGZ 9 S. 235.

[3]) Dagegen: Arndt, Arch. f. ö. R. 23 S. 415; JW 1916 S. 809; Gierke in Grünh. Ztschr. Bd. 6 S. 230; Triepel Arch. f. ö. R. Bd. 39 S. 535.

setzestext im Reichsgesetzblatte von der Urkunde des Gesetzes ab, so entscheidet in jedem Falle der Text des Gesetzesoriginals, nämlich der Inhalt der Ausfertigung. Die Ausfertigung, die die formelle Herstellung der Gesetzesurkunde bedeutet, und die gegengezeichnet wird, wobei der Gegenzeichnende die Verantwortung übernimmt, hat Urkundenbedeutung. Auf die Ausfertigung kann bei jeder Unstimmigkeit zurückgegangen werden, über die Ausfertigung hinaus jedoch keinesfalls. Denn welchen Zweck sollte denn sonst die Ausfertigung haben, so fragt sich Laband, als daß das ausfertigende Organ mit Judikatswirkung feststelle, daß das Gesetz, das er ausfertige, gehörig zustande gekommen sei, und das zur allgemeinen Verbindlichkeit lediglich noch der Verkündung bedürfe. Hieraus sei der Schluß zu ziehen, daß die Ausfertigung einen selbständigen Zweck haben müsse. Dieser selbständige Zweck der Ausfertigung könne aber nur sein, daß mit ihr gleichzeitig die Ordnungsmäßigkeit des bisherigen Gesetzgebungsweges bescheinigt werde.

Die Auffassung Labands wird zutreffend von Schack widerlegt[4]). Es fehlte in der alten Reichsverfassung an jeder positiven gesetzlichen Vorschrift, aus der heraus eine solch schwerwiegende Folge der Ausfertigung zu entnehmen gewesen wäre. Das gleiche gilt von der heutigen Reichsverfassung; weder unter der alten noch unter der neuen Reichsverfassung war bezw. ist die Stellung des ausfertigenden Organes so beschaffen, daß man hieraus folgern könnte, daß sie zur Überprüfung der Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt berechtigt gewesen wären oder sind, noch daß sie in der Lage wären, die richterliche Gewalt mit ihren Entscheidungen zu binden. Aber auch ganz abgesehen hiervon, tritt die Ausfertigung nach außen hin nicht in Erscheinung, sodaß die Ausfertigung als solche ganz ungeeignet ist, eine Urkunde mit Urteilskraft darzustellen.

Zwar kann bedenkenfrei angenommen werden, daß das ausfertigende Organ mit seiner Ausfertigung eine gewisse Prüfung vornimmt. Jedoch ist diese Prüfung keine endgültige; sie stellt vor allen Dingen keine Urkunde dar, die die Prüfung in jedem Falle ausschließt.

---

[4]) Schack die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung S. 196 ff Schack, Arch. f. ö. R. 41 S. 168.

Bei den Anhängern der Lehre Labands lassen sich zwar gewisse Abweichungen feststellen[5]); diese sind jedoch unerheblich. Für ihre Widerlegung gilt dasselbe, was zur Widerlegung Labands gilt.

Praktisch hat sich in letzterer Zeit, wie Brie richtig ausführt[6]), das Problem, soweit es durch die Lehre Labands berührt wird, darauf zugespitzt, ob das ausgefertigte Gesetz eine praesumptio iuris et de iure oder eine praesumptio iuris für sein gehöriges Zustandekommen in sich trägt. Wie bereits oben ausgeführt, ist letzteres anzunehmen, da die Ausfertigung zwar eine Prüfung in sich trägt, die aber keine endgültige ist. Diese Auffassung ist denn auch von Planck, Gneist, Schulze, Gerber vertreten worden[7]).

§ 14.

Auch aus der ministeriellen Gegenzeichnung, durch welche der gegenzeichnende Minister die Verantwortung übernimmt, ist gefolgert worden, daß mit Rücksicht auf diese Gegenzeichnung eine weitere Prüfung des Gesetzes nicht mehr möglich sei[1]). Hierbei wird von ähnlichen Gedankengängen ausgegangen wie bei der Lehre Labands. Welchen Zweck sollte denn sonst die ministerielle Gegenzeichnung und durch sie übernommene Verantwortung haben, wenn dadurch nicht endgültig konstatiert werde, daß der Gesetzgebungsweg bis zum Augenblicke der Gegenzeichnung könne also nur den Zweck haben, daß es die Prüfung der Gesetze durch andere Behörden oder durch den Staatsbürger ausschließen.

Diesen Ausführungen ist dasselbe entgegenzuhalten, was der Lehre Labands entgegenzuhalten ist. Richtig ist selbstverständlich, daß der gegenzeichnende Minister vor seiner Gegenzeichnung eine Prüfung vornimmt; denn täte er dies nicht, so würde er wegen seines leichtsinnigen Handelns zur Verantwortung gezogen werden können. Es fehlt jedoch an jedem ge-

[5]) Thoma S. 442; Jellinek S. 402.
[6]) Brie Arch. ö. R. 4 S. 54.
[7]) Planck in Iher. Jahrb. 9 S. 370; Gneist, Verhandl. d. 4. DJT I S. 232, Schulze II S. 43; v. Gerber S. 161.
[1]) Ullmann S. 402; v. Martitz S. 132.

setzlichem Anhalte dafür, daß die Prüfung des gegenzeichnenden Ministers eine endgültige ist. Die Gegenzeichnung ist also lediglich auch nur eine praesumtio iuris dafür, daß das Gesetz ordnungsmäßig zustande gekommen ist; bei Zweifeln Dritter wird ihre Prüfung durch die Gegenzeichnung nicht ausgeschlossen[2]).

§ 15.

Die zweite Gruppe[1]), die die Frage des richterlichen Prüfungsrechtes zu beantworten versucht, sucht die Antwort aus der Lehre über die Gewaltenteilung, auf die die deutschen Verfassungen aufgebaut sind, zu finden. Die Grundzüge dieser Theorien fallen in nicht unerheblichem Maße mit den oben erwähnten Gedankengängen über die Organteorie zusammen. Sie suchen nämlich aus der Stellung der drei Gewalten in den Verfassungen zu erforschen, ob überhaupt die Möglichkeit besteht, daß die richterliche Gewalt die Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt in gewisser Richtung zu überprüfen befugt ist. Zwar gehen auch ihre Ansichten davon aus, daß die drei Funktionen der Staatsgewalt grundsätzlich einander gleichgeordnet seien; jedoch sei, so wird weiter ausgeführt, faktisch die gesetzgebende Funktion die höchste, da sie in der Lage sei, die Organisation des Staates, mithin auch die Stellung der beiden anderen Staatsfunktionen, umzugestalten; sei aber eine Gewalt faktisch zu einer übergeordneten geworden, so können andere bestehende Gewalten ihr nur untergeordnet sein[2]). Aus diesem verfassungsmäßig gegebenen Faktum folgt daher nach Ansicht Schacks, daß die richterliche Gewalt keineswegs befugt sei, die Willensäußerungen der gesetzgebenden Gewalt zu überprüfen, da sich ja in den Äußerungen der gesetzgebenden Gewalt die höchste Staatsgewalt verkörpere. Wäre dem nicht so, so führt Schack

---

[2]) An dieser Stelle sei der Lehre von den sogen. interna corpora Erwähnung getan. Sie ist veraltet und überholt. Sie behandelt die Fragen, inwieweit Mängel in der gesetzgebenden Körperschaft für das Wirksamwerden eines Gesetzes von Bedeutung sind. Näheres hier- über bei Laband DJZ 1907 S. 5 ff. Arndt, Staatsrecht S. 187, 4D. Jur. Tg. Anm. 2 I S. 219, 232, Schack, Gesetzmäßigkeit S. 274, 275.

[1]) Schack S. 107; Kahn: Anm. d. Dtsch. Reich. 1907 S. 602; Georg Meyer S. 630.

[2]) Schack Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung S, 118.

aus, dann sei die richterliche Gewalt in der Lage, die Anordnungen der gesetzgebenden zu überwachen, ein Ergebnis, das mit den Bestimmungen der Verfassung in offenbarem Widerspruch stände; sonach drehe sich das Problem des richterlichen Prüfungsrechtes lediglich darum, wann eine Äußerung der höchsten Staatsgewalt vorliege, stelle einmal der Richter fest, daß eine Äußerung der höchsten Staatsgewalt vorliege, so sei eine weitere Prüfung durch ihn ausgeschlossen. Äußerungen der gesetzgebenden Gewalt aber seien lediglich der Feststellungsbeschluß und der Beschluß, daß der festgestellte Inhalt Gesetz werden solle, also die Sanktion. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, dann liege eine Willensäußerung der höchsten Staatsgewalt vor, die bezüglich dieser beiden Punkte nicht mehr von dritter Seite überprüft werden könne. Die Verkündung und die Ausfertigung seien demgegenüber unbeachtlich, mithin überprüfbar, da sie lediglich eine Vollziehung des Beschlusses der höchsten Staatsgewalt darstellen.

Diese Theorien scheitern daran, daß den einzelnen Staatsgewalten die Subjektivität mangelt; die drei Gewalten, auf die die deutschen Verfassungen aufgebaut sind, sind keine selbstständig dastehenden, mit eigenen Recht ausgestattete Gewalten, sondern sind nur ein Ausfluß staatlicher Betätigung[3]).

Man kann also nicht ausführen, daß die gesetzgebende Gewalt nach der Bestimmung der Verfassung die höchste Staatsgewalt sei, und daß ihr die beiden anderen Gewalten notwendigerweise untertan sein müssen. Wenn auch dem gesetzgebenden Organe eine faktische Überlegenheit nicht abzusprechen ist, so hindert dies nicht, daß der Richter die Ordnungsmäßigkeit ihrer Willensbildung überprüft; denn auch die gesetzgebende Gewalt ist so lange an die Bestimmungen der Verfassung gebunden, als diese nicht von ihr abgeändert sind; sie hat die Formalien zu beachten, die dort für ihre Willensäußerungen vorgeschrieben sind. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß bereits mit dem Feststellungsbeschlusse und der Sanktion eine vollständig wirksame Willensäußerung der Gesetzgebung vorhanden ist. Eine solche Willensäußerung, die nur diese beiden formalen Merkmale aufweist, ist nicht wirksam. Zur Wirksam-

[3]) So Jellinek, Allgm. Staatslehre S. 561.

keit ist in jedem Falle — von allem anderen abgesehen — noch die Verkündung notwendig; nicht darauf kommt es an, ob die Gesetzgebung irgend etwas beschlossen hat, sondern darauf, daß dieser gesetzgebende Beschluß für jedermann wirksam wird.

Danach ergibt sich, daß die beiden großen Richtungen der Theorie einander nicht ausschließen, sondern sich einander notwendigerweise ergänzen. Die Richtung, die die Frage aus dem Grundgedanken der Verfassung herauszulösen versucht, betrifft lediglich die Frage, ob überhaupt ein richterliches Prüfungsrecht möglich ist. Die zweite Richtung, die das richterliche Prüfungsrecht an Hand der formellen Stadien des Gesetzgebungsweges zu entscheiden versucht, baut sich auf die erste Richtung der Theorie auf, falls diese ein bejahendes Ergebnis zeitigt.

§ 16.

Eine dem deutschen Verfassungsrechte eigentümliche materielle Prüfung der Gesetze ist noch zu erwähnen. Der Aufbau des Deutschen Reiches als Bundesstaat bringt es mit sich, daß seine Länder auf den ihnen überlassenem Gebiete eine Gesetzgebung ausüben können. Diese Landesgesetze können selbstverständlich nur Angelegenheiten des betreffenden Landes regeln. Für die Landesgesetze ist aber erforderlich, daß sie inhaltlich nicht einem bestehenden Reichsgesetze oder gar der Reichsverfassung widersprechen. Als Richter eines Landes ist also ausnahmsweise verpflichtet, eine dahingehende sachliche Prüfung vorzunehmen; das wird selbst dann der Fall sein, wenn die Verfassungen eines Landes dem Richter ein Prüfungsrecht nicht zugestehen; das folgt aus dem Verfassungsgrundsatze, daß Reichsrecht Landesrecht bricht; denn wollte ein Land seinen Richtern jedes Prüfungsrecht in dieser Richtung versagen, dann würde es erreichen, daß reichsrechtlich unzulässige Gesetze angewandt werden müssen. Ob und inwieweit das Reich gegen ein solches Land dann vorgeht, ist hier nicht Aufgabe der Untersuchung.

Unbestritten ist weiter, und insbesondere von der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt[1]), daß die Gerichte des

[1]) RGZ. 48 195, RGZ. in D. J. Z. 1901 d. 142, RGE. vom 18. 6. 1925 in Sachen des Deutschen Reiches wider in Thür. Staat. auch pr. OVG 63 r. 167,

Reiches befugt sind, falls sie hierzu in die Lage versetzt werden, Landesgesetze daraufhin zu prüfen, ob sie sich auf Gebieten bewegen, die in der Reichsverfassung den Landesgesetzen vorbehalten sind.

Ob aber auch die Gerichte eines Landes befugt sind, die von dem Lande erlassenen Gesetze darauf hin zu prüfen, ob sie sich auf den ihnen reichsrechtlich vorbehaltenen Gebieten bewegen, auch wenn die Reichsgesetzgebung noch nicht tätig geworden, ist also ein dem Reichsrechte widersprechendes Gesetz nicht zu befürchten ist, ist soweit ersichtlich, bisher nicht erörtert worden. Solches Prüfungsrecht wird den Gerichten eines Landes nicht zuzugestehen sein; denn ließe man es zu, dann hätten es die Gerichte des betreffenden Landes in der Hand, diese Gesetzgebung des Landes lahm zu legen mit der Begründung, daß der Gesetzesinhalt sich nicht auf die reichsrechtlich vorbehaltenen Gebieten bewege. Hier wird lediglich das Reich befugt sein, seine verletzten Rechte zu wahren.

§ 17.

Der Vollständigkeit halber, ist noch kurz auf das richterliche Prüfungsrecht den Verordnungen gegenüber einzugehen. Das richterliche Prüfungsrecht den Verordnungen gegenüber wird allgemein bejaht[1]). Vom Richter sind nicht nur die äußeren Formalien, die Verkündung, Gegenzeichnung, Ausfertigung zu prüfen, sondern vor allem auch, ob sich der Inhalt der Verordnungen im Rahmen der Gesetze bewegt; er hat insbesondere zu untersuchen, ob die beim Erlaß von Verordnungen mitwirkenden Stellen von der erlassenden Behörde angehört worden

[1]) Dernburg, Pr. Priv. R. I § 19; von Rönne Pr. Staat. I S. 407; Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 394; Arndt, Staatsr. S. 203; Anschütz, Staatsr, S. 166; Schack Vorwort V S. 112; Enneccerus S. 81; Hatscheck Staatsr. I S. 29; Walter Jellinek S. 3; auch gesetzlich ist dies wiederholt bestimmt worden: Preuß. Berggesetz § 209 Abs. III, GS S. 705; Verordn. vom 20. 9. 1867, GS S. 1529; Preuß. Min. Bl. 1854 S. 268. Vergl. hierüber auch die sehr eingehende Rspr. des KG: KG in JW S. 587; Jahrb. d. Entsch. 28 C 1; KG in DJZ 1907 S. 242; OVG Bd. 8 S. 311; Im Gegensatz zu RGZ 45 S. 267; 40 S. 76; 21 S. 359; RGStr. 35 S. 262; 36 S. 417; 34 S. 368. Der strengen Rechtssprechung des KG versuchte die pr. Verord. vom 9. 8. 1924 entgegenzutreten.

sind, ob sich weiter die erlassende Behörde im Rahmen ihrer gesetzlichen Delegation bewegt[2]). Hier kann von einem einwandfreiem Ausdrucke eines Organwillens überhaupt nur dann gesprochen werden, wenn sich die Äußerung des die Verordnung erlassenden Organs innerhalb des vom Gesetze vorgeschriebenen Rahmens unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen bewegt[3]).

Den Bedenken, die sich bei der Anwendung des oben entwickelten Grundsatzes Rechtsverordnungen gegenüber erhoben, ist nicht beizutreten[4 5]). Denn selbst Rechtsverordnungen kann keinesfalls die Kraft von Gesetzen zugebilligt werden. Insbesondere muß Ausführungsverordnungen gegenüber ein sehr weitgehendes richterliches Prüfungsrecht anerkannt werden; hier wird in der Hauptsache zu prüfen sein, ob sich diese Verordnung praeter legem des Gesetzes bewegt, zu dessen Ausführung sie bestimmt ist[6]).

Nur hinsichtlich Notverordnungen muß eine Abweichung gelten. Die deutschen Reichsverfassungen kennen zwar keine Notverordnung[7]); in den Verfasungen der deutschen Länder nehmen sie jedoch einen breiten Raum ein. Wollte man die allgemein strengen Grundsätze, die sonst Verordnungen gegenüber Anwendung zu finden haben, auch hier anwenden, so kann es geschehen, daß der Notstand, dem abgeholfen werden soll, sich verschlimmert. Man wird von einer Notverordnung nur verlangen können, daß erkennbar ist, daß sie eine Willensäußerung der zum Erlasse von Notverordnungen verfaßungsmäßig vorgesehenen Behörde darstellt[8]). Die Notverordnung kann auch inhaltlich bestehende Gesetze aufheben, wenn dies der Notstand erfordert; entgegenstehende Reichsgesetze führen also die Ungültigkeit der Notverordnung nicht herbei. Dagegen wird man

[2]) Schack S. 288, S. 296; RGZ 24 S. 3; Laband II S. 97, 106.

[3]) Schack S. 289, KG in Johow 21 C 1; Johow 23 C 3

[4]) Über die allgemeine Unterscheidung vergl. Laband Staatsrecht II S. 87; RGZ 68 S. 148 RGZ 69 S. 375.

[5]) Tudichum; Verfassungsr. des Nordd. Bundes 1870 S. 27; v. Seydel, Bayr. Staats. III S. 597; Dyroff. Ann. D. R. 1889 S. 926.

[6]) RGZ 48 S. 195.

[7]) Meyer-Anschütz II S. 708; Triepel, Arch. f. ö. R. 39 S 460.

[8]) v. Rönne III S. 55: Thoma, Arch. d. ö. R. 43 S. 281

nicht zulassen können, daß auch die Verfassung durch eine Notverordnung abgeändert werden kann; denn die Verfassung ist die Grundlage, auf der hin die Notverordnungen überhaupt erlassen werden können; nur wenn in der Verfassung ausdrücklich vorgesehen ist, daß gewisse Verfassungsbestimmungen durch Notverordnungen außer kraft gesetzt werden können, kann auch die Notverordnung Verfassungsartikel ganz oder zeitweise aufheben.

Eine auffallende Regelung des richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber Verordnungen enthielt die preußische Verfassung: Die Nachprüfung ordentlich verkündeter königlicher Verordnungen war dem preußischen Richter untersagt[9]). Diese Verfassungsregelung will Bornhak auch auf das richterliche Prüfungsrecht den Gesetzen gegenüber anwenden[10]).

Diese Bestimmung der preußischen Verfassung wurde in der Wissenschaft mit Rücksicht auf § 1 GVG für ungültig gehalten.[11]) Es kann dahingestellt bleiben, ob diese preußische Verfassungsvorschrift gültig war oder nicht; soviel steht wenigstens fest, daß der preußische Richter befugt war, die königlichen Verordnungen dahingehend zu prüfen, ob sie Reichsgegesetzen oder der Reichsverfassung inhaltlich zuwiderliefen oder nicht. Reichsgericht und andere Reichsbehörde waren selbstverständlich an diese Vorschrift der preußischen Verfassung nicht gebunden.[12])

§ 18.

Die neue deutsche Reichsverfassung hat in unverkennbarer Weise ihre Bestimmungen auf die Lehre Montesquieu' von der Dreiteilung der Gewalten aufgebaut.[1]) Dem Verfassungsausschusse der deutschen Nationalversammlung erschien die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, die die Lehre Montesquieu am ausgeprägtesten aufgenommen hat, als Idealverfassung; allerdings sind die folgerichtigen Grundsätze der amerikanischen Verfassung in die deutsche Reichsverfassung nicht aufgenommen

[9]) Art. 106 a. pr. Verf.; v. Rönne III S. 53
[10]) Bornhak, Pr. Staatsr. I S 558.
[11]) Kahn, Ann. d. D. R. 1907 S. 617.
[12]) Schack S. 246.
[1]) Hatschek, Staatsr. S. 27

worden; der Verfassungsausschuß hat den Reichstag über Gebühr bevorzugt;[2]) insbesondere ist die vollziehende Gewalt, der Reichspräsident und die Reichsregierung, dem Reichstage gegenüber stark benachteiligt worden. Die Tendenz der Verfassung, die gesetzgebende Gewalt zu bevorzugen, trifft jedoch gegenüber der richterlichen Gewalt nicht zu. Der deutsche Richter ist nach der Reichsverfassung in seinen Entscheidungen unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen. Aus diesem bereits oben auf Grund der Organtheorie herausgearbeiteten Grundsatz folgt, daß der Richter den Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt nicht bedingungslos unterworfen ist.[3]) Auch nach der neuen Reichsverfassung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die richterliche Gewalt der gesetzgebenden gleichgeordnet ist; daran ändert nichts, daß die Bedeutung der gesetzgebenden Gewalt faktisch eine größere ist. Ebensowenig ist von Belang, daß der Richter dem Gesetze unterworfen ist; der Richter ist nur den ordentlich zustandegekommenen Gesetzen unterworfen, nicht aber beliebigen Anordnungen der gesetzgebenden Gewalt. Innerhalb seines Aufgabenkreises ist der Richter völlig selbständig. Aus diesem Grundgedanken der deutschen Reichsverfassung, insbesondere aus der aus der Verfassung folgenden unmittelbaren Organstellung des Richters folgt, daß der Richter grundsätzlich verpflichtet und berechtigt ist, das zu prüfen, was mit dem Anspruche, Gesetz zu sein, an ihn herantritt.[4]) Aus der verfassungsmäßigen Stellung der Gewalten, insbesondere aus ihrer Unmittelbarkeit und ihrer rechtlichen Gleichwertigkeit, kann nur die Frage gelöst werden, ob überhaupt ein richterliches Prüfungsrecht gegeben ist. Wie sich dieses Prüfungsfest im einzelnen gestaltet, kann aus den Grundgedanken der Verfassung nicht beantwortet werden.

---

[2]) Triepel, Arch. d. ö. R. 39 S. 535 Anm. S. 537.

[3]) RGZ 24 S. 1; RGZ 48 S. 84 ff.

[4]) Triepel, Arch. ö. R. 39 S. 536; Poetzsch Anm. 2 zu Art. 70; Hubrich S. 150; Bühler DJZ 1921 S. 580; a. M. Hatscheck Staatsr. I S. 28.

Ist doch sogar in neuester Zeit den Entscheidungen des Reichsgerichts in bestimmten Fällen Gesetzkraft zugesprochen worden: Ges. v. 8. 4. 1920 RGBl I S. 510; Morstein; Arch. ö. R. 45 S. 219.

Ist sonach die grundsätzliche Frage, daß der Richter überhaupt zur Prüfung befugt ist, bejaht, so erhebt sich weiter die Frage, was der Richter prüfen darf. In dieser Richtung ist zweierlei zu unterscheiden: Ob der Richter im weitgehendsten Maße befugt ist, auch den Inhalt eines neuen Gesetzes zu überprüfen, insbesondere Feststellungen zu treffen, ob das neue Gesetz bestehenden Gesetzen oder gar der Reichsverfassung widerspricht, oder ob der Richter lediglich befugt ist, die äußeren Formalien des Gesetzgebungsweges nachzuprüfen.

Zu der Prüfung des Inhaltes der Gesetze ist der Richter nicht befugt; dies würde nach den Grundsätzen der Reichsverfassung ein unzulässiger Eingriff in die Rechte des Reichstages bedeuten. Hinsichtlich der Feststellung der Gesetze ist der Reichstag unbeschränkt.[5]) Denn das ist gerade das Wesen und die Aufgabe der gesetzgebenden Funktion, daß sie von niemanden beschränkt den Inhalt ihrer Willensäußerungen zu bestimmen vermag. Auch die Reichsverfassung bildet für den Reichstag in dieser Richtung keine Schranke, da künftige Gesetzgebung in der Lage ist, Verfassungsbestimmungen abzuändern oder zu beseitigen; freilich ist in einem solchen Falle eine qualifizierte Mehrheit bei der Feststellung des Gesetzes erforderlich.[6])

Dagegen hat der Richter die vom Reichstage erlassenen Gesetze daraufhin zu prüfen, ob sich der Reichstag an die Formalien, an die er beim Erlasse eines Gesetzes nach den geltenden Bestimmungen der Verfassung gebunden ist, gehalten hat.[7]) Denn darüber kann kein Zweifel bestehen, daß beispielsweise ein nicht verkündetes Gesetz oder ein nicht sanktioniertes oder ein solches ohne Ausfertigung und Gegenzeichnung kein ordentliches Gesetz ist; der Reichstag hat die verfassungsmäßig

---

[5]) Aehnlich auch Arndt im Recht 1920 S. 106 a. M. unter der a. RV v Wächter Arch. f. ziv. Pr. 24 S. 238; Dernburg 1 § 19.

[6]) So RG JW 1916 S. 596; Laband II S. 39, 51; Schack 140: Die Verfassung hat nur eine erhöhte formelle Bedeutung. Anders, wenn eine besondere verfassungsgemäße Bestimmung hier für vorhanden wäre: So Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 399; Brie Arch. f. ö. R. Bd. IV S. 1. Dagegen offenbar Meyer-Anschütz II S. 642.

[7]) RGZ 8 S. 3; Schack S. 263; E. Kaufmann, JW 1919 i. 901.

bestimmten Gesetzgebungsformen zu wahren, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß seine Anordnungen infolge Fehlens der formalen Voraussetzungen nicht beachtet werden.[8])

Es muß auch jede Formalie des Gesetzgebungsweges erfüllt sein; keine der formalen Etappen des Gesetzgebungsweges ist rechtlich so bedeutsam, daß sie eine der fehlenden Formen ausschließen oder ersetzen könnte. Desgleichen fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage dafür, daß das Vorhandensein einer der notwendigen Formen jede weitere Prüfung unzulässig macht. Die Formalien des Gesetzgebungsweges sind mangels besonderer Vorschriften als gleichwertig anzusehen. Es muß also eine jede vorhanden sein und beachtet werden, da eine so notwendig wie die andere ist.

Nur in einem Falle ist der deutsche Richter befugt, den Inhalt von Gesetzen mit dem Inhalte anderer Gesetze materiell zu vergleichen, nämlich dann, wenn er festzustellen hat, ob der Inhalt eines Landesgesetzes auch mit den Reichsgesetzen im Einklang steht.[9]) Da das Reich die primäre Gesetzgebungsgewalt hat, so sind Landesgesetze nur gültig, wenn sie sich inhaltlich auf Gebieten bewegen, für welche die Reichsgesetzgebung nicht ausschließlich zuständig ist. In dieser Richtung ergibt sich noch eine weitergehende Prüfung für den deutschen Richter. Ergreift nämlich die Reichsgesetzgebung ein Gebiet, das bisher der Landesgesetzgebung vorbehalten war, so hat der Richter beim Inkrafttreten eines solchen einschlägigen Reichsgesetzes entgegenstehende Landesgesetze nicht mehr anzuwenden.

§ 19.

Unter der alten Reichsverfassung bestand kein Zweifel darüber, daß der deutsche Richter nicht verpflichtet war, die Normen des Völkerrechtes zu kennen; er konnte sie kennen, brauchte es aber nicht.

[8]) Aehnliches Blunschli Bd. I S. 488; Hatscheck, Staatsr. S. 27; v. Rönne III S. 56; Thoma, Arch. f. R. 43 S. 269; Meyer-Anschütz § 178; Kahn, Ann. d. Dtsch. Reiches 1907 S. 481; a. M.: R. F. H. Bd. 7 S. 97; Dyroff, Ann. d. Dtsch. R. 1889 S. 847; Linde, Bischof, Zachariä.

[9]) So auch OVG 63 S. 167; RGZ 48 S. 195; RGZi. DJZ 1901 S. 142: RGE v. 18. 6. 1925 in Sachen des Deutschen Reiches wider den Thür. Staat.

Inwieweit ein Richter überhaupt verpflichtet ist, Völkerrechtsnormen zu kennen, ist streitig. Man unterscheidet in dieser Richtung drei Systeme: das französische, das englische und das amerikanische System.[1])

Am beschränktesten ist die Stellung des Richters im französischen System; zwar ist es hier dem Richter erlaubt, die Normen des Völkerrechtes auf Rechtsstreitigkeiten anzuwenden; er ist jedoch nicht befugt, zweifelhafte Bestimmungen des Völkerrechtes selbständig auszulegen. Die selbständige Auslegung der Völkerrechtsnormen ist im französischen System ausschließlich Angelegenheit der Exekutive, da sie allein die auswärtigen Beziehungen zu pflegen hat. Die Zuständigkeit der vollziehenden Gewalt für auswärtige Angelegenheit schließt jede selbständige Entscheidung des innerstaatlichen Richters auf diesem Gebiete aus.

Dem französischen System steht die Auffassung des englischen gegenüber. Der innerstaatliche Richter brauchte die Normen des Völkerrechtes nicht zu kennen, es galt hier nicht der Satz: iura novit curia. Die Partei, die ihr Sach- und Streitverhältnis auf Völkerrecht stützte, hatte dem erkennenden Richter das Vorhandensein und den Umfang der Völkerrechtsnormen zu beweisen; außerdem war der erkennende Richter befugt, die ihm bewiesenen Völkerrechtsnormen nach freiem Ermessen auszulegen. Dem englischen System folgt die alte Reichsverfassung; die Normen des Völkerrechtes waren, wenn sie in der Tatsacheninstanz bewiesen waren, unter der alten Reichsverfassung nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts auch revisibel.[2])

Die neue Reichsverfassung folgt dem amerikanischen System. Der innerstaatliche Richter ist verpflichtet, die anerkannten Regeln des Völkerrechtes zu kennen, nach der amerikanischen Verfassung und nach der neuen deutschen Reichsverfassung sind die anerkannten Regeln des Völkerrechtes Bestandteile des innerstaatlichen Rechtes geworden.[3]) Das allgemein an-

[1]) Hatscheck Deutsch. preuß. Staatsr. Bd. I S. 30

[2]) RGZ 16 S. 267.

[3])Art. 6 der amerik. Verf.; die Rechtssprechung der Vereinigten Staaten von Amerika hat in neuerer Zeit jedoch den Grundsatz ihrer Verfassung erheblich eingeschränkt. Art 4 n. RV.

erkannte Völkerrecht braucht hinsichtlich Existenz, Inhalt und Umfang von den Parteien nicht mehr bewiesen zu werden; der Richter hat es zu kennen.

Ist aber nach Art. 4 der neuen Reichsverfassung Völkerrecht dem Reichsrechte gleichzusetzen, so gewinnt auch die Beantwortung der Frage Bedeutung, inwieweit der deutsche Richter befugt ist, Normen des Völkerrechtes hinsichtlich ihrer Existenz und ihrem Umfange zu überprüfen.

§ 20.

Der Art. 4 der neuen Reichsverfassung hat, wie bereits erwähnt, dem amerikanischen Standpunkte gegenüber dem Völkerrechte innerstaatliche Geltung verschafft. Die Normen des Völkerrechtes gelten heute nicht mehr als Normen, die als Inhalt eines besonderen Rechtsgebietes neben dem Reichsrechte herlaufen, sondern allgemein anerkanntes Völkerrecht und Reichsrecht bilden ein einheitliches Ganzes. Ursprünglich wurde auch in England der Standpunkt der neuen Reichsverfassung vertreten; jedoch ist in neuerer Zeit Rechtsprechung und Wissenschaft von diesem Grundsatze abgekommen; das Völkerrecht gilt in England als ein besonders geartetes Recht, das mit dem englischen Landesrechte nichts mehr gemein hat.[1])

Nach der neuen deutschen Reichsverfassung sind jedoch nicht alle Normen des Völkerrechtes Bestandteile des Reichsrechtes. Der Verfassungsausschuß der Nationalversammlung hat die Anwendbarkeit von Völkerrechtsnormen erheblich eingeschränkt: Nur die anerkannten Regeln des Völkerrechtes gelten als Bestandteile des Reichsrechtes; sie bedürfen keiner besonderen Adoption durch das Reich.[2]) Allerdings wollte der Verfassungsausschuß ursprünglich noch weiter gehen; auch Staatsverträge — aber offenbar nur solche, die das Deutsche Reich angingen — sollten Bestandteil des Reichsrechtes werden. Man ist jedoch von diesem Vorhaben abgekommen, da die das Deutsche Reich betreffenden Staatsverträge nach der von Preußen herübergekommenen Sitte im Reichsgesetzblatte ver-

[1]) Triepel, Völkerrecht, und Landesrecht S. 143, 147;
[2]) v. Simson, Verfass. Aussch. Prot. S. 406, 407.

öffentlicht werden.[3]) Der Art. 4 der neuen Reichsverfassung ist daher vor allen Dingen für diejenigen Normen des Völkerrechtes von Bedeutung, die nicht in Staatsverträgen niedergelegt sind, also insbesondere für das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht[3]a.)

Art. 4 besagt aber noch etwas mehr: Anerkannte Regeln des Völkerrechtes gelten als Reichsrecht. Entgegenstehendes Landesrecht schließt sonach die Anwendbarkeit von Völkerrecht nicht aus;[4]) der Richter hat also eher einer allgemein anerkannten Völkerrechtsregel, als einem Landesgesetze zu folgen. Das entgegenstehende Landesgesetz nimmt einer sonst allgemein anerkannten Völkerrechtsregel nicht die Eigenschaft des allgemeinen Anerkenntnisses, es sei denn, daß dem betreffenden Lande von Reichs wegen gestattet ist, in gewisser Beziehung als selbständiges Völkerrechtssubjekt aufzutreten; in einem solchen Falle kann das entgegenstehende Landesgesetz der Völkerrechtsregel die Anwendbarkeit versagen.

Widersprechendes Reichsrecht schließt in jedem Falle das allgemeine Anerkenntnis einer Völkerrechtsregel aus.[5]) Das Völkerrecht ist also kein Recht höherer Ordnung, sondern ein Recht von untergeordneter Bedeutung; denn das allgemeine Anerkenntnis ist auf Grund des Reichsrechts festzustellen; erst wenn solches allgemeines Anerkenntnis festgestellt worden ist, wird die Norm des Völkerrechts dem Reichsrechte gleichwertig.

Soweit Völkerrecht nicht als allgemein anerkannt festgestellt werden kann, gelten die Grundsätze, die schon unter der alten Reichsverfassung galten: Völkerrecht muß bewiesen werden. Gegenstand des Rechtsstreites wird solches Völkerrecht nur dann, wenn es von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist; von amtswegen kann solches Recht niemals Grundlage der Urteilsfindung werden, da hierfür nicht der Grundsatz: iura novit cura gilt. Über solches Völkerrecht wird das Gericht selbst dann Beweis erheben müssen, wenn das von einer Partei behauptete Völkerrecht vom Gegner nicht

---

[3]) Eine, wie unten gezeigt wird, nicht zutreffende Begründung.

[3]a.) So Giese zu Art. 4; Hubrich S. 32.

[4]) So schon OVG 63 S. 164 ff;

[5]) So Zweigert, Verf. Aussch. Prot. S. 406 ff.; Hatscheck Staatsrecht I S. 18

bestritten wird; denn da es sich immerhin um Rechtsnormen handelt, hat das Gericht die Pflicht, die objektive Wahrheit zu erforschen.[6]) Die Ermittelung solcher Rechtssätze steht auch nicht unter den Regeln des Tatsachenbeweises; hierfür gilt nicht die Verhandlungsmaxime.[7]) [8])

Aus alledem ergibt sich bereits, daß der Richter bei Anwendung von Völkerrechtsnormen auf vielerlei zu achten haben wird.

§ 21.

Nachdem allgemein festgestellt worden ist, daß nach Art. 4 neuer Reichsverfassung nur allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechts innerstaatliche Geltung besitzen, ist nunmehr im einzelnen zu untersuchen, welche Normen Anspruch darauf erheben können, als Norm des Völkerrechts angesehen zu werden. Es ist weiter zu untersuchen, welchen Wesens diese Normen sind, und wer als ihr Schöpfer in Frage kommen kann.

Der Begriff des Völkerrechtes ist umstritten. Hatschecks Definition dieses Begriffes erscheint am zutreffendsten und umfassendsten.[1]) Nach ihm ist das Völkerrecht eine auf Koordination beruhende Rechtsordnung, welche die Beziehungen von Staaten insofern regelt, als ein Staat dem anderen als gleichberechtigtes Subjekt der Staatsgemeinschaft entgegentritt. Nach älterer Auffassung ist Völkerrecht der Inbegriff der Normen, die das Verhalten der Staaten oder staatsähnlichen Verbänden zueinander regelt.[2]) Letzterer Begriff ist insofern weitgehender, als er auch die Reichsbeziehungen staatsähnlicher Verbände als Völkerrecht ansehen will.

---

[6]) § 293 Z. P. O., R. G. bei Gruchot 50, 1070.

[7]) Solche Ermittlungen haben auf diplomatischem Wege durch Vermittlung des Justizministers zu erfolgen.

In England, Nordamerika und Schweden können überhaupt nur Auskünfte privater Rechtsgelehrter erlangt werden.

Vergl. auch pr. A. V. v. 16. 6. 1910 J. M. Bl. S. 181.

[8]) In einem solchen Falle wird auch das Reichsgericht ausnahmsweise in die Lage versetzt, Beweis zu erheben.

[1]) Hatscheck, Völkerrecht, S. 1.

[2]) Heilborn, S. 11, Liszt S. 1, 8. Kelsen S. 125; Triepel S. 20 Anm. 1.

Das Völkerrecht ist auch eine Rechtsordnung.[3]) Das ist bestritten. Die Natur einer Rechtsordnung ist dem Völkerrechte deswegen abgesprochen worden, weil es zur Durchsetzung der Normen des Völkerrechtes an einer Zwangsgewalt fehlt. Dem kann nicht beigetreten werden, denn die Zwangsgewalt, die gegebenenfalls die Norm durchsetzen soll, ist begrifflich nicht notwendig, um der Norm oder einer Ordnung von Normen die Natur des Rechtes zu verleihen;[4]) eine Rechtsordnung kann begrifflich auch ohne Zwangsvorschriften bestehen. Erforderlich für den Begriff einer Rechtsordnung ist lediglich, daß die in den Normen niedergelegte Regelung von Lebensverhältnissen nach Ansicht der Schöpfer der Normen und der Gehorsamspflichtigen richtig ist; einer idealen Rechtsordnung könnten begrifflich überhaupt Zwangsvorschriften fehlen.[5])

Wie der Begriff so ist auch die Entstehung des Völkerrechtes umstritten. Nach der Willenstheorie beruht das Völkerrecht lediglich darauf, daß eine Anzahl Staaten mit dem Willen zusammenkommen und vereinbaren, ihre Handlungen innerhalb bestimmter Normen bewegen zu lassen.[6]) Da nun in jedem Falle der Wille des Staates, sei es, daß er bereits bestehenden Normen beitritt, sei es, daß er sich verpflichtet, nach bestimmten neu geschaffenen Normen zu leben, ausschlaggebend ist, so sieht diese Theorie diesen Willen der Staaten als das Völkerrecht bildende Element an.

Dieser Theorie ist nicht beizutreten; sie erfaßt die Quellen des Völkerrechtes nicht weit genug; denn es gibt zweifellos auch Völkerrecht, das sein Bestehen nicht ausschließlich vom Willen der einzelnen Staaten ableitet. Es gibt Normen des Völkerrechtes, die ihre Entstehung dem langen Verkehre der Staaten untereinander verdanken, ohne daß hierbei der Wille der einzelnen Staaten zum Ausdruck kam, daß sie sich an solche Normen halten wollten. Die Überzeugung der Staatsorgane, daß eine sich entwickelnde Reglung von Lebensver-

---

[3]) Heilborn S. 17, Hatscheck S. 1, A. M. Zorn I S. 495.

[4]) Triepel S. 104, 107, 110.

[5]) Hatscheck S. 4 ist der Ansicht, daß auch das Völk. B. des Zwanges nicht entbehrt.

[6]) Georg Jellineck, v. Schön.

hältnissen Recht sei, hat diese Normen des Völkerrechts entstehen lassen.[7]) Nicht allein der Wille der Staaten schafft Normen des Völkerrechts, sondern auch ihre Überzeugung und das sich auf diese Überzeugung der Staaten aufbauende ständige Handeln. Die Rechtsüberzeugung der Staaten ist denn überhaupt der entscheidende Faktor für die Entstehung des Völkerrechts; denn auch diejenigen Völkerrechtsnormen, die ihre Entstehung einem ausdrücklichen Willensschlusse der Staaten verdanken, gehen letzten Endes auf die Rechtsüberzeugung der Staaten zurück; denn der Staat wird sich zu einer bestimmten Willenserklärung nicht bereit finden, wenn er nicht der Überzeugung wäre, daß das, was er will, auch Recht ist.

Aus obigem geht schon hervor, daß es hinsichtlich der Erscheinungsformen des Völkerrechtes zwei Formen gibt: die Rechtssatzung und das Gewohnheitsrecht.[8]) Triepel kennt noch eine weitere Erscheinungsform der völkerrechtlichen Willensäußerungen als Völkerrechtssubjekte: die Vereinbarung.[9]) Nach Triepel gibt es kein völkerrechtliches Gewohnheitsrecht; auch die völkerrechtlichen Verträge zweier Staaten miteinander sind nicht als Völkerrecht anzusehen. Völkerrecht sei lediglich die Vereinbarung, in welcher sich der Wille einer Anzahl Staaten übereinstimmend dahin träfe, daß bestimmte Normen Recht unter ihnen sein sollten; weil dem bei Verträgen nicht so sei, — denn hier gäben zwei konträre Willensäußerungen etwas neues selbständiges von sich — so könnten Verträge zweier Staaten untereinander als Völkerrecht nicht angesehen werden.

Die Auffassung Triepels enthält beachtliches; ihr ist jedoch, da zu eng, nicht in vollem Umfange beizutreten. Man wird in erster Linie auch den völkerrechtlichen Vertrag zweier Staaten untereinander als Völkerrecht ansehen müssen; denn die Wirkungen eines solchen Vertrages für die beiden vertragschließenden Staaten sind für seine innerstaatlichen wie völkerrechtlichen Lebensbeziehungen die eines Gesetzes. Daneben wird weiter das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht anzuerkennen

---

[7]) Hatscheck, Liszt, Heilborn.

[8]) Liszt S. 11.

[9]) Triepel S. 45, 51, 95, auch Heilborn S. 40, 41 hat diesen Begriff offenbar mitübernommen.

sein; ist doch seine Kraft so stark, daß es teilweise schon seinen Niederschlag in der Landesgesetzgebung oder Rechtsprechung der Staaten gefunden hat, wie beispielweise das Gewohnheitsrecht über die Exterritorialität fremder Staatsoberhäupter. Endlich ist als Völkerrecht die von Triepel begrifflich geschaffene Vereinbarung anzuerkennen.[10]) [11]) [12])

Die Kraft dieser Erscheinungsformen des Völkerrechts ist grundsätzlich als gleich anzusehen.[13]) Allerdings erfährt dieser Grundsatz insofern eine Einschränkung, als partikuläres Völkerrecht, sei es, daß es geschrieben ist, sei es, daß es ungeschrieben besteht, dem allgemeinen Völkerrecht vorgeht.

§ 22.

Subjekte des Völkerrechts sind allein die Staaten. Von den Staaten hinwiederum können nur die souveränen Staaten als fähige Völkerrechtssubjekte gelten; nur sie können Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sein.[1]) Die Souveränität als solche macht aber einen Staat allein noch nicht fähig, Völkerrechtssubjekt zu sein; es muß noch die allgemeine Anerkennung der anderen Staaten hinzukommen.[2]) Staaten, die sich ihrer Souveränität begeben haben, können nicht selbständige Völkerrechtssubjekte sein; sie sind an die Weisungen des ihnen übergeordneten Staates gebunden; der Richter eines solchen Staates hat gegebenenfalls auch hinsichtlich seines Prüfungsrechtes solchen Weisungen zu folgen.[3])

---

[10]) Nach Hatscheck V. R. S. 10 werden Verträge durch Krieg aufgehoben, Vereinbarungen dagegen nicht.

[11]) Als völkerr. Vereinbarungen können gelten: die Pariser Seerechtsdeklaration, die Genfer Konvention, die Haager Abkommen, die Völkerbundssatzung.

[12]) R. G. im Recht 21 Nr. 2465, R. G. Z. 62, S. 165 D. J. Z. 10, 808. in JW 10, S. 176.

[13]) Heilborn S. 48.

[1]) Hatscheck V. R. S. 6, Liszt S. 46, Triepel S. 20. Anm. I, A. M. Kelsen S. 122.

[2]) Liszt S. 52 Triepel S. 21 Heilborn S. 95.

[3]) Hatscheck V. R. § § 4,5 unterscheidet Staaten mit beschränkter und unbeschränkter Geschäftfähigkeit; dazu kommt der Begriff des Mandatslandes Art. 22 Völk. Bunds. Satz.

Ebensowenig können Einzelpersonen als völkerrechtliche Subjekte auftreten; sie können nur Objekte des Völkerrechtsverkehrs sein.

Als für die vorliegende Betrachtung bedeutsame Normen kommen daher lediglich nur solche in Betracht, die die Lebensbeziehungen souveräner Staaten regeln; nur was solche Staaten untereinander regeln oder vereinbaren, kann beanspruchen, als beachtliche Völkerrechtsregel angesehen zu werden. In welcher Form sich diese Willenserklärungen der Staaten äußern, macht keinen Unterschied; völkerrechtliche Vereinbarung, Satzung und Gewohnheitsrecht sind rechtlich einander gleichwertig. Alle drei Erscheinungsformen sind Bestandteile einer einheitlichen Rechtsordnung: des Völkerrechts.

§ 23.

Für den zweiten Teil der vorliegenden Untersuchung sind allein die Völkerrechtsregeln von Bedeutung; es wird demnach noch darauf ankommen, diese Normen von denen des Landesrechts zu scheiden. Den Unterschied dieser beiden Rechtsmaterien eingehend herausgearbeitet zu haben, ist das Verdienst Triepels. Im Gegensatze zu dem bereits oben niedergelegten Begriffe des Völkerrechts ist Landesrecht die Gesamtheit der innerstaatlichen Rechtsordnung eines Landes.[1]) Völkerrecht und Landesrecht treffen also verschiedene Kreise der Lebensbeziehungen;[2]) daran ändert nichts, daß nach Art. 4 der n. R. V. die anerkannten Regeln des Völkerrechts als Bestandteile des Reichsrechts gelten. Durch diese Verfassungsvorschrift wird die Anwendbarkeit solcher Völkerrechtsregeln sicher gestellt; ihre Eigenschaft als Teile des Völkerrechts verlieren solche Regeln nicht.

Die Normen des Landesrechts scheiden, wie bereits erwähnt, für diesen Teil der Betrachtung aus; die Stellung des Richters ihnen gegenüber und sein Prüfungsrecht sind im ersten Teile berücksichtigt worden.

Auch die von Triepel gemachte Unterscheidung des Landesrechts in völkerrechtlich bedeutsames und völkerrechtlich

[1]) Triepel S. 9, 12, 19, 111.
[2]) Aehnlich Heilborn S. 88.

gleichgültiges Landesrecht, ferner in völkerrechtlich gemäßes und völkerrechtswidriges Landesrecht ist von nur mittelbarer Bedeutung. Auch diejenigen Normen, die ihre Entstehung einem völkerrechtlichen Anlasse verdanken, sind Teile des Landesrechts, wenn sie inhaltlich eine selbständige Arbeit des innerstaatlichen Gesetzgebers darstellen. Dies trifft nicht zu bei völkerrechtlichen Verträgen, die im Deutschen Reiche zur Befolgung durch die Staatsbehörden durch Abdruck im Reichsgesetzblatte nur allgemein bekannt gegeben werden. Daran wird auch nichts geändert, daß dieser Abdruck unter der Beachtung der innerstaatlichen Gesetzesformalien geschieht; materiell behält der Inhalt eines solchen „Gesetzes" seine Eigenschaft als Norm des Völkerrechts.[3]) Der innerstaatliche Richter hat also ein solches „Gesetz" grundsätzlich als Regel des Völkerrechts zu werten und nicht als Landesrecht. Diese Feststellung ist nicht ganz unwesentlich; besteht nämlich ein entgegenstehendes Landesgesetz, so wird mit Rücksicht darauf, daß in dem neuen „Gesetz" völkerrechtlichen Inhalts ein entgegenstehendes, mithin vorgehendes Reichsgesetz nicht vorliegt, dieses Landesgesetz durch die Veröffentlichung eines völkerrechtlichen Vertrages oder einer solchen Vereinbarung im Reichsgesetzblatte nicht aufgehoben. Das kann zu der merkwürdigen Folge führen, daß ein völkerrechtlicher Vertrag in einem deutschen Lande mit Rücksicht auf sein Landesgesetz nicht zur Anwendung kommt. Diesem Übel wird nur abgeholfen werden können, wenn entweder das betreffende Land oder was in einem solchen Falle die Regel sein wird, das Reich selbst mit einer entsprechenden Gesetzgebung vorgeht.

Von der Unterscheidung Triepels ist endlich das völkerrechtswidrige innerstaatliche Reichs-Recht von ausschlaggebender Bedeutung. Nach Art. 4 der n. R. V. schließt solches entgegenstehendes Reichsrecht die Anwendung einer Völkerrechtsregel aus. Die Erörterung zeigt, daß die Unterscheidung zwischen Landesrecht und Völkerrecht Schwierigkeiten verursachen kann; insbesondere kann es zweifelhaft sein, ob nicht die Veröffentlichung einer Völkerrechtsnorm im Reichsgesetzblatt diese Norm

[3]) Triepel S. 117, 118, 389, 390. Wohl auch Hatscheck V. R. S. 13. Der Abdruck im Reichsgesetzblatt hat nur publizierende Wirkung.

zum innerstaatlichen Reichsgesetze macht;[4]) dann würde Art. 4. n. R. V. sich nur auf völkerrechtliches Gewohnheitsrecht beschränken. Für die vorliegende Untersuchung ist jedenfalls an der S. 46 dargelegten Begriffsbestimmung des Völkerrechts festzuhalten.

§ 24.

Wie beim richterlichen Prüfungsrechte gegenüber innerstaatlichen Normen wird die Beantwortung der Frage, ob der deutsche Richter befugt ist, Völkerrechtsnormen zu überprüfen, in erster Linie von der Stellung des deutschen Richters gegenüber den Völkerrechtsnormen abhängen. In dieser Richtung kann es keinen Bedenken unterliegen, daß der deutsche Richter kraft seiner Stellung berechtigt ist, völkerrechtliche Normen auf ihren Bestand, Geltung und Umfang hin zu prüfen. Das folgt schon aus Art. 4 der neuen Reichsverfassung; denn wenn der deutsche Richter verpflichtet ist, nur allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechtes ohne weiteres als Bestandteile des Reichsrechts anzuwenden, dann muß er jede anzuwendende Völkerrechtsregel einer eingehenden materiellen Prüfung dahingehend unterziehen, ob sie allgemein anerkannt ist oder nicht. Wird aber dem das Völkerrecht anwendenden Organe eine derart weitgehende Befugnis zugesprochen, dann kann unbedenklich gefolgert werden, daß es den deutschen Richtern grundsätzlich kraft ihrer innerstaatlichen Organstellung erlaubt ist, Völkerrechtsnormen überhaupt zu überprüfen. Damit ist von der neuen deutschen Reichsverfassung das französische System abgelehnt, nach welchem der innerstaatliche Richter Völkerrechtsnormen gegenüber keinerlei Prüfungsbefugnis hatte, weil solche allein der ausführenden Gewalt zustand, deren ausschließliche Angelegenheit die auswärtigen Beziehungen sind.[1])

Erwähnt mag werden, daß es unter den alten Verfassungen streitig war, ob Völkerrechtsregeln überhaupt Gegenstand der innerstaatlichen Rechtspflege sein konnten; auch das Prüfungs-

[4]) Ausführungen über dieses besondere Gebiet sind mit Ausnahmen der Triepels in eingehender Weise nicht ersichtlich.

[1]) Das war in Preußen ursprünglich anders: die Verord. vom 25. 1. 1823 gebot, daß bei der Auslegung eines völkerr. Vertrages das Gutachten des preußischen Ministeriums des Aeußeren zu Grunde zu legen sei.

recht des Richters dem Völkerrechte gegenüber war mithin, soweit ein solches überhaupt in Frage kam, streitig. Jellinek[2]) Hölder[3]) verneinten die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkerrechts vor den innerstaatlichen deutschen Gerichten. Demgegenüber bekannte sich die Rechtsprechung zu der Auffassung, daß zwar auf Völkerrechtsnormen eine schlüssige Klage nicht gestützt werden konnte, daß jedoch innerhalb eines Rechtsstreites Völkerrechtsnormen sehr wohl zur Anwendung kommen konnten;[4]) ja sogar als revisible Normen wurden die Normen des Völkerrechts vom deutschen Reichsgerichte angesehen.[5]) Jedoch mußten die Regeln des Völkerrechts, auf die sich eine Partei berief, den deutschen Gerichten bewiesen werden; eine amtliche Kenntnis vom Völkerrechte besaßen die deutschen Gerichte nicht. Mit Rücksicht hierauf entfiel denn auch die Aufrollung des Problems des richterlichen Prüfungsrechtes Völkerrechtsregeln gegenüber; denn es war vom Gerichte lediglich die Frage zu beantworten, ob und inwieweit der betreffenden Partei der Beweis der Existenz der Völkerrechtsregeln, auf die sie sich berief, geglückt war.

Unter der neuen Reichsverfassung kann hinsichtlich der Zulässigkeit von Völkerrechtsregeln im innerstaatlichen Prozesse kein Zweifel mehr herrschen. Eine auf Völkerrechtsregeln gestützte Klage ist schlüssig. Anerkanntes Völkerrecht braucht dem Richter auch nicht mehr bewiesen zu werden, sondern er muß es als einen Teil des zur Anwendung gelangenden Rechtsgebietes kennen. Der deutsche Richter steht also einer anerkannten Regel des Völkerrechtes genau so gegenüber wie den innerstaatlichen Reichsgesetzen. Die Frage der Anwendbarkeit von Völkerrechtsregeln ist also nicht mehr lediglich eine Frage des Ergebnisses der Beweisaufnahme, sondern der Richter hat sie Kraft seiner Stellung auf Existenz und Umfang zu prüfen.

---

[2]) Jellinek, System S. 314.
[3]) Hölder, Pandekten S. 82
[4]) Pr. Ob. T. 60 S. 11, 78 S. 307, RGStr. 9 S. 307 RGStr. 23 S. 267.
[5]) R. G. Z. 16 S. 267.

§ 25.

Ist sonach die grundsätzliche Befugnis des deutschen Richters, Völkerrechtsnormen zu überprüfen, bejaht, so ist weiter in erster Linie das, was mit dem Anspruche, Völkerrechtsregel zu sein, an ihn herantritt, daraufhin zu prüfen, ob es sich tatsächlich um eine Regel des Völkerrechts handelt; rein technische Bestimmungen zur Reglung des Grenzverkehrs zwischen zwei benachbarten Staaten, Gepflogenheit internationaler Kaufleute wird der Richter nicht als Regeln des Völkerrechts ansehen können; erstere werden den deutschen Richter bei seiner Rechtssprechung überhaupt nicht beschäftigen. Da sie nicht die Lebensbeziehungen zweier Staaten untereinander regeln, sondern nur den beschränkten, engeren Verkehr zweier untergeordneter, fremdstaatlicher Behörden, letztere können nur Gegenstand eines zwischen den Parteien bestehenden Vertrages sein und in diesem Rahmen zur Entscheidung durch den Richter gelangen. Als Völkerrecht wird der Richter nur solche Normen ansehen können, — mögen sie nun gesetztes oder Gewohnheitsrecht sein — die die Lebensbeziehungen der Staaten in ihrer Gesamtheit treffen. Die Prüfung des Richters in dieser bietet zu großen Schwierigkeiten keinen Anlaß. Die völkerrechtlichen Verträge, die das deutsche Reich mit fremden Staaten abschließt, werden im Reichsgesetzblatte veröffentlicht; aus dem Abdruck kann der Richter ohne weiteres erkennen, ob es sich um Regeln des Völkerrechts handelt, oder lediglich um unbeachtliche technische Durchführungsbestimmungen, die lediglich eine bestimmte Behörde eines Staates angehen und nicht die allgemeinen Lebensinteressen berühren.[1]) Das Gleiche gilt von den Vereinbarungen, die das deutsche Reich mit fremden Staaten trifft oder denen es beitritt; auch sie werden im Reichsgesetzblatte veröffentlicht. Hier wird der Richter aber allgemein der Prüfung enthoben sein, ob es sich um ein Recht der Völker, oder um ein vereinbartes Reglement der Behörden zweier Staaten handelt; solche Vereinbarungen werden stets Völkerrecht sein. Dagegen verursacht die Prüfung des völker-

[1]) In der Regel werden solche Verordnungen nicht im Reichsgesetzblatt, sondern in dem jeweiligen Ministerialblatte veröffentlicht werden.

rechtlichen Gewohnheitsrechtes Schwierigkeiten; in diesem Punkte wird sich der Richter eine große Beschränkung auferlegen müssen; nur das, was einer eingehenden Prüfung standhält, und was seiner Überzeugung nach tatsächlich die Lebensverhältnisse zweier Staaten betrifft, wird er als ungeschriebenes Völkerrecht ansehen können. Er muß aber weiter prüfen, ob diese Bestimmungen in neuester Zeit von den Staaten noch angewandt werden, und ob sie die Staaten in der Überzeugung anwenden, daß sie mit ihrer Anwendung Recht tun. Solche Überzeugung wird sich der Richter hier wohl nur durch Einholung von Rechtsgutachten von Völkerrechtslehrern oder durch ein Ersuchen des Auswärtigen Amtes um Auskunft verschaffen können.

§ 26.

Hat der Richter festgestellt, daß das, was er seiner Entscheidung zu Grunde legen will, tatsächlich eine Völkerrechtsregel ist, so wird er weiter zu prüfen haben, ob diese Regel zu Recht besteht. Diese Prüfung stößt hinsichtlich der gesetzten Völkerrechtsregeln auf keine Schwierigkeiten; bezüglich des Bestehens des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes ergeben sich dieselben Schwierigkeiten, die den Richter bei der Feststellung der Gültigkeit des innerstaatlichen Gewohnheitsrechtes treffen; bei Zweifelsfragen in dieser Hinsicht wird der Richter vor der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zurückschrecken dürfen; wenn auch der Richter das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht von Amtswegen grundsätzlich kennen muß, so wird man nicht von ihm verlangen können, daß er jedes Gewohnheitsrecht staatlicher Rechtsbeziehungen kennt.

Diese obigen Grundsätze können bedenkenfrei auf die Völkerrechtsnormen Anwendung finden die von dem Beitritte Deutschlands zum Völkerbunde in Kraft getreten sind. Nach Art. 18 der Völkerbundsatzung bedürfen die völkerrechtlichen Verträge und Vereinbarungen zu ihrer Gültigkeit der Eintragung in das bei dem Sekretariate des Völkerbundes geführte Register. Da nun Deutschland dem Völkerbunde ausdrücklich beigetreten ist, so wird der deutsche Richter wohl prüfen müssen, ob die

Völkerrechtsregel, die er anwenden soll, in das Völkerbundsregister eingetragen ist, da sie je hierdurch überhaupt erst wirksam wird; denn darüber kann kein Zweifel bestehen, daß der deutsche Richter auch nur gültige Völkerrechtsregeln zur Anwendung gelangen lassen darf.[1])

Das gleiche wird von den internationalen Vereinbarungen gelten müssen, denen Deutschland nach seiner Aufnahme in den Völkerbund beigetreten ist. War eine solche Vereinbarung durch irgend einen Umstand in das Völkerbundsregister nicht eingetragen, so besteht sie nach obigem nicht zu Recht; Deutschland ist also einer nichtigen Vereinbarung beigetreten, aus der Rechte und Pflichten nicht entspringen können. Daran kann für Deutschland auch dadurch nichts geändert werden, daß solche Vereinbarungen unter Beachtung der Gesetzesformalien im Reichsgesetzblatte veröffentlicht werden; wie bereits ausgeführt, verliert die völkerrechtliche Vereinbarung trotz dieser Verkündung im deutschen Reiche materiell nicht ihre Eigenschaft als Völkerrechtsregel; durch die formale Gesetzespublikation wird dieser materielle Mangel nicht geheilt.

Für das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht kommt die Vorschrift des Art. 18 der Völkerbundssatzung nicht in Betracht; hier ist eine Urkunde die der Registrierung bedarf überhaupt nicht vorhanden.

§ 27.

Die Prüfung von Formalien, die die Gültigkeit einer Völkerrechtsregel bedingen, ist eine sehr beschränkte. Für die Gültigkeit von Völkerrechtsregeln sind nicht wie in der Gesetzgebung des Reiches formale Stadien aufgestellt, die gewahrt sein müssen, wenn das Gesetz nicht der Nichtigkeit anheimfallen will.

Sanktion, Ausfertigung, Gegenzeichnung im technischen Sinne wird man bei einer Völkerrechtsregel nicht verlangen können. Dagegen wird man eine gewisse Kundmachung der Völkerrechtsregel fordern müssen; denn eine Norm, die nicht bekannt ist, wird Befolgung nicht verlangen können.[1]) Eine

[1]) Dies ist stark bestritten. 4 Ansichten haben sich hierüber gebildet: vergl. dazu Hatscheck S. 232, 233.

[1]) A. M. anscheinend Triepel S. 75.

bestimmte Form der Verkündung von Völkerrechtsnormen ist, auch in Deutschland, nicht bestimmt. In Deutschland erfolgt die Publikation im Reichsgesetzblatte, eine Form, die als ausreichend anzusprechen ist. An sich müßten an die Publikation einer Völkerrechtsnorm weitergehende Ansprüche gestellt werden als an die eines Reichsgesetzes, da eine Völkerrechtsnorm nicht durch die Veröffentlichung im Reichsgesetzblatte als allgemein bekannt gemacht gilt. Man wird jedoch in dieser Richtung nicht allzu hohe Anforderungen stellen können, wenn man Völkerrechtsnormen überhaupt zur Anwendung kommen lassen will.

Das Inkrafttreten eines völkerrechtlichen Vertrages oder Vereinbarung richtet sich nach völkerrechtlichen Grundsätzen; die Wirkungen, die sich an die Verkündung durch das Reichsgesetzblatt knüpfen, finden hier keine Anwendung.[2])

Weitere Formalien einer Völkerrechtsregel hat der deutsche Richter nicht zu prüfen, insbesondere nicht, ob beim Abschlusse von Verträgen die Staaten völkerrechtlich richtig vertreten waren, ob die Verträge und Vereinbarungen richtig ge- und unterzeichnet sind und waren; diese Dinge zu prüfen, ist ausschließlich Sache der Exekutive. Sie kann der Richter ebensowenig prüfen, wie er nicht in der Lage ist, bei dem Zustandekommen eines innerstaatlichen Reichsgesetzes die ordnungsmäßige Zusammensetzung der gesetzgebenden Gewalt nachzuprüfen.

§ 28.

Ergibt die Prüfung der formellen Seite der Völkerrechtsnorm keine Beanstandungen, so hat der deutsche Richter in die materielle Prüfung der Völkerrechtsregel einzutreten, d. h., er hat den Inhalt der Völkerrechtsregel mit dem Stande der Reichsgesetzgebung und der Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu vergleichen; denn nur anerkannte Regeln des Völkerrechts darf der deutsche Richter ohne weiteres seinen Entscheidungen zu Grunde legen. Entgegenstehende Reichsgesetze oder entgegenstehende Rechtsprechung nimmt der Völkerrechts-

[2]) So Hatschek V. R. S. 228, 229.

norm die Eigenschaft des allgemeinen Anerkenntnisses.[1]) Diese Prüfung wird bei dem gesetzten Völkerrechte keine Schwierigkeiten bereiten, da die Reichsgesetzgebung in der Regel dafür sorgen wird, daß die entgegenstehende Gesetzgebung bereinigt wird. Geschieht dies nicht, so wird der deutsche Richter in erster Linie dem Reichsgesetze folgen müssen; die etwaig sich ergebenden Differenzen hat das deutsche Reich nach außen hin zu vertreten.[2]) Der Richter hat jedenfalls nicht solche Erwägungen anzustellen; er würde mit einer derartigen Tätigkeit in unzulässiger Weise in den Bereich der Exekutive eingreifen. Die Verkündigung einer Völkerrechtsregel im Reichsgesetzblatte hebt das entgegenstehende Reichsgesetz, wie schon erwähnt, nicht auf; es muß ein besonderer Akt der Reichsgesetzgebung hinzukommen. Im deutschen Reiche bricht demnach Reichsrecht nicht nur Landesrecht sondern auch Völkerrecht.[3])

Die Prüfung der allgemeinen Anerkennung einer Völkerrechtsregel wird daher in der Hauptsache bei dem ungeschriebenen Völkerrechte eine Rolle spielen.[4])

Diese Prüfung des Richters ist nicht einfach; sie wird ihm jedoch dadurch erleichtert, daß nicht unerhebliche Teile des ungeschriebenen Völkerrechts ihren Niederschlag in der Reichsgesetzgebung und in der Rechtsprechung gefunden haben.[5]) Soweit dies nicht zutrifft, ist der Richter auf eine sorgfältige und eingehende Prüfung angewiesen. Beim Schweigen der Reichsgesetzgebung zu einem Völkerrechtssatze ist kein entgegenstehendes Reichsgesetz anzunehmen.[6])

Entgegenstehende Gesetze der Länder können in Deutschland die allgemeine Anerkennung nicht hindern, da sie in Bezug auf das Völkerrecht unbeachtlich sind.[7])

[1]) Anschütz zu Art. 4, Verf. Aussch. Pr. S. 31 ff, S. 406 ff, Hatscheck Staatr. I S. 18.

[2]) Triepel S. 350, 359. Heilborn S. 90.

[3]) Anschütz zu Art. 4.

[4]) Aehnlich Giese zu Art. 4.

[5]) R. G. Z. 103 S. 274, 62 S. 165, Seuff. Arch. 50 Nr. 49, Hatscheck V. R. S. 5, 18, 126, Liszt S. 63, 65—69, Heilborn S. 57 Die Gerichte selbst können kein Völkerrecht schaffen, da sie nur vorhandenes anzuwenden haben: Heilborn S. 69.

[6]) So Hatscheck Staatsrecht I S. 19, Triepel S. 397.

[7]) Anschütz zu Art. 4 am Ende, Hatscheck Staatsr. I S. 18.

Es ergibt sich danach:
die Grundsätze des richterlichen Prüfungsrechtes den Reichsgesetzen gegenüber sind auch gegenüber dem Völkerrechte anwendbar mit der Maßgabe, daß das richterliche Prüfungsrecht dem Völkerrechte gegenüber insofern weitgehender ist, als Völkerrechtsregeln, die Bestandteile des Reichsrechts werden, auch materiell auf ihre allgemeine Annerkennung hin geprüft werden müssen.

Lebenslauf.

Ich, Walter, Wilhelm, Hermann Aderhold bin am 13. Oktober 1900 zu Steglitz Kr. Teltow (Brandenburg) als Sohn des Oberlehrers Wilhelm Aderhold und seiner Ehefrau Franziska, geb. Kammler, geboren. Nach der Versetzung meiner Eltern nach Breslau besuchte ich in Breslau bis zur Sexta die Oberrealschule, von da ab bis zur Prima das Gymnasium und Realgymnasium zum heiligen Geist. Anfang 1918 wurde ich Soldat und zwar anfangs bei dem Feld-Art.-Reg. Nr. 6, später bei der Inf.-Begleit-Batt. z. b. V. Nr. 6. Im Mai 1919 wurde ich entlassen. Nach Besuch eines Kriegskurses vom August 1919 ab bestand ich Ende 1919 das Abiturientenexamen.

Vom S.-S. 1920 ab studierte ich die Rechte an den Universitäten Breslau, Berlin, Breslau. Im Juli 1924 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau das Referendarexamen. Als Referendar war ich bei der Staatsanwaltschaft in Brieg und bei dem Amts- und Landgerichte Breslau z. Z. bin ich am Oberlandesgericht Breslau beschäftigt.

Walter Aderhold.